



MINISTERSTWO
PRZEDSIĘBIORCZOŚCI
I TECHNOLOGII



Urząd
Zamówień
Publicznych

Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych

Czerwiec 2018

Spis treści

WPROWADZENIE	8
I. Diagnoza stanu obecnego	12
1. System zamówień publicznych w Polsce	12
1) Wartość rynku zamówień	12
2) Struktura podmiotowa rynku zamówień	13
3) Tryby stosowane w zamówieniach publicznych	14
4) Kryteria oceny ofert.....	14
5) Liczba ofert	15
6) Zastosowanie środków ochrony prawnej	16
2. Potrzeba zmian systemu zamówień publicznych.....	17
II. Cele nowej regulacji	18
1. Cele strategiczne	18
1) Stworzenie warunków do realizacji celów Polityki Zakupowej Państwa.....	18
2) Bardziej efektywne wydatkowanie środków publicznych (best value for money)	18
2. Cele szczegółowe	19
3. Profesjonalizacja zamówień publicznych	21
III. Kształt i systematyka nowej regulacji.....	23
IV. Sposób realizacji założonych celów reformy systemu zamówień publicznych – zakres regulacji.....	25
1. Wprowadzenie polityki zakupowej państwa jako narzędzia realizacji polityki państwa ..	25
2. Planowanie i przygotowanie postępowania	26
1) Zwiększenie roli planowania w zamówieniach publicznych	26
a. Planowanie strategiczne.....	26
b. Aktualizacja rocznych planów postępowań	26
c. Zamieszczanie ogłoszeń w jednym miejscu	26
2) Czynności dotyczące przygotowania postępowania.....	27
a. Analiza poprzedzająca wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	27
b. Dialog z wykonawcami	28
c. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia	30
d. Opis przedmiotu zamówienia.....	32
3. Rola zamawiającego	33
1) Podmioty odpowiedzialne za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania	33
2) Zamówienia wspólne, centralne i pomocnicze	34

a. Zamówienia wspólne	34
b. Centralny zamawiający	34
c. Pomocnicze działania zakupowe	34
4. Uproszczenie zasad podmiotowej kwalifikacji wykonawców	34
1) Warunki udziału w postępowaniu	34
a. Zasada wymagania dokumentów od wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą	35
b. Rozróżnienie oświadczeń od dokumentów	36
c. Aktualność dokumentów	36
d. Doprecyzowanie regulacji procedury odwróconej	37
e. Wprowadzenie podstawy prawnej dla zwrócenia się do podmiotu, na rzecz którego poprzednie zamówienie było wykonane o dodatkowe dane	37
2) Poleganie na zasobach podmiotów trzecich	37
3) Przesłanki wykluczenia	39
a. Obligatoryjne przesłanki wykluczenia	39
b. Fakultatywne przesłanki wykluczenia	39
5. Uproszczenia proceduralne	40
1) Obniżenie progu warunkującego stosowanie ustawy	40
2) Zwiększenie przejrzystości reguł dotyczących trybów udzielania zamówień powyżej progów UE	41
a. Uwagi ogólne	41
b. Normy o charakterze ogólnym, które powinny być zawarte w części wspólnej	41
c. Regulacje dotyczące poszczególnych trybów	42
6) Zamówienia o wartości poniżej progów UE – procedura uproszczona	47
1) Zasady udzielania zamówień publicznych	47
2) Przygotowanie postępowania	48
3) Ogłoszenie o zamówieniu i kształt procedury udzielania zamówienia	48
4) Możliwość negocjacji	49
5) Komunikacja	49
6) Terminy	49
7) Kwalifikacja podmiotowa	49
8) Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków i braku podstaw wykluczenia	50
9) Badanie ofert	50
10) Negocjacje dotyczące oferty	50
11) Obowiązki dokumentacyjne	51
12) Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia	51

13) Środki ochrony prawnej	51
14) Likwidacja wyłączeń	51
7. Oferty	51
1) Kryteria oceny ofert	51
2) Najkorzystniejsza oferta	52
3) Dokumenty	52
4) Uporządkowanie regulacji dotyczących terminu związania ofertą	52
5) Obowiązek dokonania wyboru oferty przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą	53
8. Umowa w sprawie zamówienia publicznego	54
1) Pozycja stron umowy o zamówienie publiczne	54
a. Zasady kształtowania wzorców umów o zamówienia publiczne oraz klauzule abuzywne	55
b. Potwierdzenie możliwości zaskarżenia postanowień umownych	55
c. Zwiększenie roli dialogu między zamawiającym a wykonawcą	55
2) Kształt umów	56
a. Postanowienia obowiązkowe umów o zamówienia publiczne	56
b. Sposób dochodzenia waloryzacji wysokości wynagrodzenia określonego w umowie	56
c. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy	57
3) Zmiana, odstąpienie i unieważnienie umowy o zamówienie publiczne	57
a. Zmiana i odstąpienie od umowy	57
b. Przestanki unieważnienia umowy	57
9. Zarządzanie procesem wykonania umowy oraz ewaluacja zamówienia	57
1) Zasada współdziałania zamawiającego i wykonawcy na etapie realizacji umowy ...	58
2) Ewaluacja realizacji umowy	58
10. Procedury szczególne w zamówieniach publicznych	59
1) Zawieranie umów ramowych i dynamiczny system zakupów	59
2) Zasady dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	59
3) Udzielanie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi	59
4) Konkurs	60
11. Udzielanie zamówień sektorowych	60
1. Zakres zastosowania	61
2. Tryby udzielenia zamówienia sektorowego	62
3. Metody udzielenia zamówienia sektorowego	63

4. Kwalifikacja wykonawców	63
5. Oferty obejmujące produkty pochodzące z państw trzecich	64
6. Przepisy „wspólne”	64
12. Innowacyjne zamówienia	65
1) Propozycje zachęcające wykonawców, szczególnie MŚP do udziału w partnerstwie innowacyjnym	65
2) Ułatwienia w trybach właściwych do udzielania zamówień innowacyjnych	66
13. Zrównoważone zamówienia publiczne	67
1) Zielone zamówienia publiczne	68
2) Społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne	69
a. Zmiany w zakresie tzw. zamówień zastrzeżonych	70
b. Zmiany w zakresie tzw. zamówień zastrzeżonych w ramach specjalnego reżimu udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi	71
c. Zmiany w zakresie regulacji dotyczących projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników lub dostępności dla osób niepełnosprawnych	72
14. Rozszerzenie dostępu MŚP do rynku zamówień publicznych	72
1) Możliwość zarezerwowania zamówień podprogowych dla MŚP	75
2) Rzecznik MŚP	76
3) Zasada podziału zamówienia na części	76
4) Sposób płatności za wykonywanie zamówienia - zaliczki i częściowe płatności	77
a. Obowiązek częściowych płatności	77
b. Zwiększenie zakresu udzielania zaliczek	77
5) Obniżenie opłat sądowych od skarg	78
6) Negocjowanie treści ofert w trybie negocjacji z ogłoszeniem i partnerstwa innowacyjnego	78
7) Informacja zwrotna po wyborze wykonawcy	78
8) Propozycja integracji rejestrów	79
9) Certyfikacja	80
15. Środki ochrony prawnej	81
1) Status Krajowej Izby Odwoławczej	82
2) Rozwiązania służące ujednoliceniu orzecznictwa	82
a. Uchwały Zgromadzenia Ogólnego członków KIO	82
b. Składy trzyosobowe	83
3) Usprawnienie postępowania odwoławczego	83
a. Rozszerzenie środków ochrony prawnej	83
b. Elektroniczna postępowania odwoławczego	83

c. Usprawnienia proceduralne	84
d. Uwzględniania odwołań przez zamawiającego	85
e. Zakaz zawarcia umowy	85
f. Efektywność orzeczeń KIO	85
4) Skarga na orzeczenia KIO i postępowania skargowe	86
a. Właściwy organ	86
b. Obniżenie opłaty od skargi	86
c. Wydłużenie terminu na wniesienie skargi na orzeczenie KIO	86
d. Zakres zaskarżenia	86
e. Rozszerzenie regulacji dotyczących procedury rozpoznania skarg	87
f. Rozszerzenie kognicji sądu	87
5) Odszkodowania	87
16. System kontroli zamówień publicznych	89
1) Wprowadzenie ogólnych przepisów dotyczących kontroli zamówień publicznych. ...	90
a. Współpracę organów kontroli	91
b. Kontrole przeprowadzane na podstawie identyfikacji prawdopodobieństwa naruszenia prawa („analizy ryzyka”)	91
c. Wyniki kontroli	92
2) Czytelny podział zadań organów odpowiedzialnych za kontrolę	92
3) Naruszenie dyscypliny finansów publicznych	93
4) Zaostrzenie odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa określonego w art. 305 kk.	93
5) Profesjonalizacja działań i osób odpowiedzialnych za przeprowadzanie kontroli	94
a. Wykorzystanie elektronizacji procesu udzielania zamówień publicznych dla usprawnienia kontroli	94
b. Prowadzenie szkoleń skierowanych do instytucji kontrolujących zamówienia publiczne	94
c. Wytyczne dotyczące prowadzenia kontroli	94
17. Instytucje odpowiedzialne za funkcjonowanie systemu zamówień publicznych	95

WPROWADZENIE

Zamówienia publiczne to potężne narzędzie wspierające rozwój gospodarczy, umożliwiające poprawę jakości zamawianych dostaw, usług i robót budowlanych, wsparcie innowacyjności, realizowanie polityki społecznej i strategii państwa.

Oczekiwania wobec sposobu, w jaki wydawane są środki publiczne, znacząco się zmieniły. Nie wystarczy już, by dostawy, usługi i roboty budowlane były jak najtańsze. Konieczne jest także, by były wysokiej jakości. Jednocześnie powinny być realizowane w inteligentny, zrównoważony sposób, uwzględniający najnowsze możliwości techniczne i innowacje. Efektywne wydatkowanie środków publicznych może przyczynić się do osiągnięcia znacznych oszczędności w sektorze publicznym przy jednoczesnym wzroście poziomu jakości nabywanych dóbr czy usług.

Przejrzyste regulacje, odpowiadające potrzebom narzędzia, myślenie strategiczne, działania nastawione na wysoką skuteczność, ukierunkowane na wsparcie innowacji, podniesienie konkurencyjności, pobudzenie inwestycji, walkę z nierównościami – to droga wsparcia rozwoju gospodarczego i społecznego.

Zamówienia publiczne mają istotne znaczenie dla przedsiębiorców, w tym sektora MŚP, stanowiącego ponad 90% polskiego rynku, generującego olbrzymią część PKB i miejsc pracy. Dobrze przygotowane postępowania, odpowiadające rzeczywistej sytuacji na rynku, mogą być jednym z głównych źródeł dochodów oraz impulsem do rozwoju i inwestycji dla polskich firm.

Usprawnienie systemu zamówień publicznych, jak dostrzeżono już w Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030)¹, przyczyni się do zapewnienia stałego wzrostu gospodarczego i rozwoju polityki zapobiegającej wykluczeniu.

Obecnie, zamówienia publiczne stanowią bowiem duże wyzwanie zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców. Analiza zgłaszanych postulatów uczestników rynku pozwoliła na identyfikację głównych problemów:

- brak powiązania wydatków z realizacją polityk oraz celów strategicznych państwa,
- zbyt mała liczba ofert składanych w postępowaniach,
- niewystarczające zainteresowanie zamówieniami MŚP w stosunku do ich potencjału,
- niewystarczające instrumenty wspierające innowacyjne produkty i usługi,
- skomplikowane procedury udzielania zamówienia publicznego,
- przywiązywanie przez zamawiających zbyt małej wagi do jakości przedmiotu zamówienia; koncentracja na wymogach formalno-proceduralnych,
- brak pewności prawa zamówień publicznych (nieprzejrzyste przepisy, niejednołite orzecznictwo),

¹ Uchwała nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.) (M.P. z 2017 r. poz. 260).

-
- przerzucanie zbyt dużego ryzyka w realizacji umowy na wykonawcę i brak skutecznego zarządzania realizacją kontraktu,
 - nieefektywny system kontroli prawidłowości udzielania i wykonania zamówień publicznych.

Identyfikacja ww. problemów i potrzeb, a także celu, jaki mają realizować zamówienia publiczne, wyznaczyła kierunek prac nad koncepcją nowego Prawa zamówień publicznych. Nowe Prawo zamówień publicznych powinno umożliwić realizację strategicznych celów państwa, uczynić zamówienia bardziej efektywnymi, ułatwić zamawiającym proces zakupowy i korzystanie z dostępnych narzędzi oraz sprawić, żeby wykonawcy widzieli w postępowaniach o udzielenie zamówienia przede wszystkim szanse, a nie zagrożenia.

Celem nowej regulacji jest **stworzenie warunków do realizacji Polityki Zakupowej Państwa** oraz **efektywne i zrównoważone udzielanie zamówień publicznych**. W ramach celów szczegółowych wyróżniono następujące priorytety:

- identyfikacja zamówień strategicznych,
- zwiększenie ilości zamówień innowacyjnych, zielonych, społecznych,
- zwiększenie konkurencyjności postępowań,
- większa transparentność postępowań,
- większy dostęp do rynku zamówień dla MŚP,
- usprawnienia proceduralne, w tym wyodrębnienie procedury udzielania zamówień poniżej progów unijnych,
- zwiększenie roli współpracy zamawiających z wykonawcami,
- lepsze zarządzanie procesem oraz realizacją umowy,
- sprawny i dostępny proces odwoławczy,
- usprawnienie systemu kontroli.

Zaproponowane w koncepcji zmiany obejmują wszystkie obszary, w których zidentyfikowano potrzebę wprowadzenia nowych rozwiązań optymalizujących proces udzielania zamówień.

W ramach przygotowania procedury udzielenia zamówienia publicznego przewidziano instrumenty uwzględniające wpływ tego etapu na osiągnięcie zamierzonego celu postępowania. W ramach planowania zamówień zaproponowano między innymi wprowadzenie mechanizmów, które będą realizowały **strategiczne podejście do udzielania zamówień**, co wpisuje się w założenie uczynienia zamówień publicznych narzędziem polityki państwa. Ponadto zakres **wstępnych konsultacji rynkowych** (dialog techniczny) zostanie rozszerzony o kwestie związane z planowaniem i przygotowaniem postępowania.

Celem **ułatwienia przedsiębiorcom, w szczególności z sektora MŚP, dostępu do zamówień** zaproponowano wyodrębnienie i znaczące uproszczenie procedury udzielania zamówień poniżej progów unijnych poprzez odejście od stosowania trybów właściwych dla zamówień powyżej progów unijnych i zwiększenie autonomii zamawiającego w kształtowaniu procedury wyłonienia wykonawcy. Wprowadzona zostanie zasada koncentracji ogłoszeń w jednym miejscu publikacji w celu zwiększenia dostępności informacji dla wykonawców (zasadą będzie publikacja w Biuletynie Zamówień Publicznych). Ponadto utrzymana i doprecyzowana zostanie regulacja dotycząca dzielenia zamówienia na części. Zachętą dla

przedsiębiorców do udziału w postępowaniu może być również wprowadzenie obowiązku częściowych płatności w umowach trwających dłużej niż 12 miesięcy.

Wśród **uproszczeń proceduralnych** przewidziano zmiany w podstawach wykluczenia (w tym znaczące ograniczenie przesłanek obligatoryjnych) i warunkach udziału w postępowaniu (uporządkowanie i doprecyzowanie przepisów) oraz uelastycznienie trybów negocjacyjnych ze szczególnym uwzględnieniem partnerstwa innowacyjnego, w ramach którego przewidziano **nowe rozwiązania zachęcające potencjalnych wykonawców do angażowania się w proces tworzenia innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej**.

W ramach **optymalizacji procesu wyboru oferty** przewidziano zmiany w definicji oferty najkorzystniejszej służące zwiększeniu efektywności udzielania zamówień publicznych, uporządkowanie regulacji dotyczących terminu związania ofertą i obowiązku dokonania wyboru oferty przed upływem pierwotnego terminu związania.

W zakresie **umów w sprawach zamówień publicznych** zaproponowane zostało między innymi wprowadzenie obowiązku kształtowania umów zgodnie z zasadą proporcjonalności. Skuteczność realizacji tej zasady ma zapewnić wprowadzenie otwartego katalogu klauzul abuzywnych, który będzie zawierał postanowienia szczególnie negatywnie oddziałujące na uczestników rynku zamówień publicznych. Powyższe rozwiązania służą zrównoważeniu pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za niezbędne uznano ponadto zwiększenie troski o monitorowanie procesu realizacji umowy poprzez przeprowadzenie ewaluacji wykonania zamówienia w szczególnie uzasadnionych przypadkach określonych w przepisach ustawy.

W odniesieniu do **zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych** (zamówienia sektorowe) zaproponowano regulacje, które w większym stopniu uwzględniają specyfikę tego rodzaju zamówień, umożliwiając wykorzystanie ich potencjału dla zwiększenia efektywności zamówień publicznych oraz realizacji celów strategicznych państwa.

W nowej regulacji przewidziane zostaną **skuteczne narzędzia umożliwiające uwzględnianie aspektów społecznych i środowiskowych** w procesie udzielania zamówienia publicznego, w szczególności zamówienia zastrzeżone, przesłanki wykluczenia, społeczne warunki realizacji zamówienia, w ramach których nadal będzie wymagane zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, mające charakter świadczenia pracy. Dodatkowo wprowadzone zostaną regulacje usprawniające udzielanie zamówień w ramach specjalnego reżimu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Wzmocnione zostaną również mechanizmy dotyczące dostępności dla osób niepełnosprawnych i projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników.

Znaczące zmiany zaproponowano również w zakresie **środków ochrony prawnej**. Zaproponowane rozwiązania będą dawały przedsiębiorcom jeszcze większe gwarancje ochrony ich interesów związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego. Za uzasadnione uznano uregulowanie kwestii dopuszczalności składania odwołań w postępowaniach o wartości poniżej progów UE, analogicznie do postępowań o wartości równej lub wyższej od progów stosowania dyrektyw. Wprowadzone zostaną mechanizmy służące ujednoliceniu orzecznictwa dotyczącego zamówień publicznych m.in.: zasady rozpoznawania przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO) odwołań w składzie trzyosobowym, wprowadzenie do nowej ustawy Pzp przepisów przyznających możliwość podejmowania wiążących uchwał przez Zgromadzenie Ogólne członków KIO co do kierunków

orzeczniczych czy ustanowienie jednego sądu wyłącznie właściwego rzeczowo i funkcjonalnie do rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO. Jednocześnie zaproponowano obniżenie opłat sądowych od skarg na orzeczenia KIO do wysokości trzykrotności wpisu wnoszonego w trakcie składania odwołania do KIO. Zmiana ma na celu zwiększenie dostępu do środków ochrony prawnej. W koncepcji przedstawiono również nowe propozycje pozwalające na bardziej efektywne dochodzenie roszczeń odszkodowawczych związanych z nieuzyskaniem zamówienia na skutek nieprawidłowości popełnionych w procesie udzielenia zamówienia publicznego, niezależnie od roszczeń rozpoznawanych w świetle Kodeksu postępowania cywilnego, również w ramach procedury odwoławczo-skargowej.

W koncepcji przewidziano wprowadzenie ogólnych przepisów dotyczących systemu i zasad **kontroli udzielania zamówień publicznych**. Regulacje te będą zawierały zasady współpracy i współdziałania organów, których celem jest spójny, czytelny dla rynku system kontroli zamówień publicznych. Zaproponowano również wprowadzenie zmian w ustawach regulujących działanie poszczególnych instytucji, obejmujących jasny podział zadań zgodnie z obszarami kompetencji.

Powyżej wskazano jedynie część z propozycji zmian dotyczących poszczególnych etapów postępowania. Szczegółowe rozwiązania i pomysły służące realizacji zakładanych celów zostały przedstawione w przedkładanym materiale.

Zmiany prawne zostaną wsparte działaniami **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**, którego głównym zadaniem stanie się **merytoryczne wsparcie zamawiających** w organizacji postępowań, tworzenie bazy danych o zamówieniach, opracowywanie dobrych praktyk, standardowych dokumentów, organizacja szkoleń dla zamawiających i kontrolerów.

Niniejsza koncepcja została przygotowana w duchu otwartego dialogu i stanowi punkt wyjścia do dyskusji w zakresie wskazanych obszarów. Z tych też względów niektóre kwestie zostały wyróżnione jako propozycje do dyskusji, co nie ogranicza możliwości debaty w odniesieniu do innych proponowanych rozwiązań. Jedynie otwarte i szeroko zakrojone konsultacje z uczestnikami rynku zamówień publicznych zapewnią wypracowanie optymalnych rozwiązań wychodzących naprzeciw oczekiwaniom wszystkich interesariuszy.

I. Diagnoza stanu obecnego

1. System zamówień publicznych w Polsce

Zamówienia publiczne są kluczową formą udziału sektora publicznego w gospodarce. Wartość zamówień udzielanych w procedurach przewidzianych w Pzp w 2017 r. to ok. 163,2 mld zł, co stanowiło ok. 8,23% PKB Polski (w roku 2016 było to odpowiednio 107 mld zł i 5,8% PKB). Przybliżona wartość rynku zamówień publicznych uwzględniająca również zamówienia udzielane bez stosowania procedur w 2017 r. wyniosła zaś 234,6 mld zł (w 2016 r. – 174,3 mld zł). Zamówienia publiczne wywierają bezpośredni i, w odróżnieniu od innych wydatków z budżetu państwa, natychmiastowy wpływ na krajową gospodarkę, w tym jej najistotniejsze branże. Sektor usług, ale też w szczególności produkcja przemysłowa powiązana z budownictwem i infrastrukturą w znacznej mierze zależne są od rynku zamówień.

Zamówienia publiczne to nie tylko corocznie wydawana kwota środków publicznych. To olbrzymie, ciągle niedoceniane narzędzie kształtowania gospodarki państwa, w tym również realizacji celów społecznych, politycznych i strategicznych, służące wspieraniu ważnych gałęzi rynku. Procedura zawarta w prawie zamówień publicznych, poprzez odpowiednie kształtowanie wymagań w strategicznych zamówieniach, może być najbardziej efektywnym, bo bezpośrednim wsparciem ważnych polityk społecznych oraz związanych z rynkiem pracy, celów gospodarczych i rozwojowych.

Zastosowanie odpowiednich kryteriów oceny ofert, trybów udzielania zamówień, rzetelna współpraca z wykonawcą powinny zapewniać nie tylko równe traktowanie, konkurencyjność i oszczędności, ale także kreować zapotrzebowanie oraz pożądane postawy, wzmacniać kompetencje zespołów, umożliwiać budowanie doświadczenia wykonawców oraz dawać impuls do rozwoju. W wielu branżach dla co czwartego przedsiębiorcy zamówienia publiczne stanowią ponad połowę całkowitych przychodów. Dla co dziesiątego to 75% dochodów. Odpowiednio ukierunkowane i zarządzane zamówienia mogą stanowić ważny czynnik wzrostu tych przedsiębiorstw. Natomiast źle przeprowadzane przetargi, brak współpracy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, restrykcyjne umowy mogą prowadzić do upadku firm lub ich przechodzenia na inne rynki.

Zamówienia publiczne, dzięki przemyślanym, podążającym za dzisiejszymi wyzwaniami zmianom, mogą stać się najbardziej bezpośrednim i realnym narzędziem do realizacji celów strategii odpowiedzialnego rozwoju, a w konsekwencji przyczyniać się do rozwoju gospodarczego i społecznego.

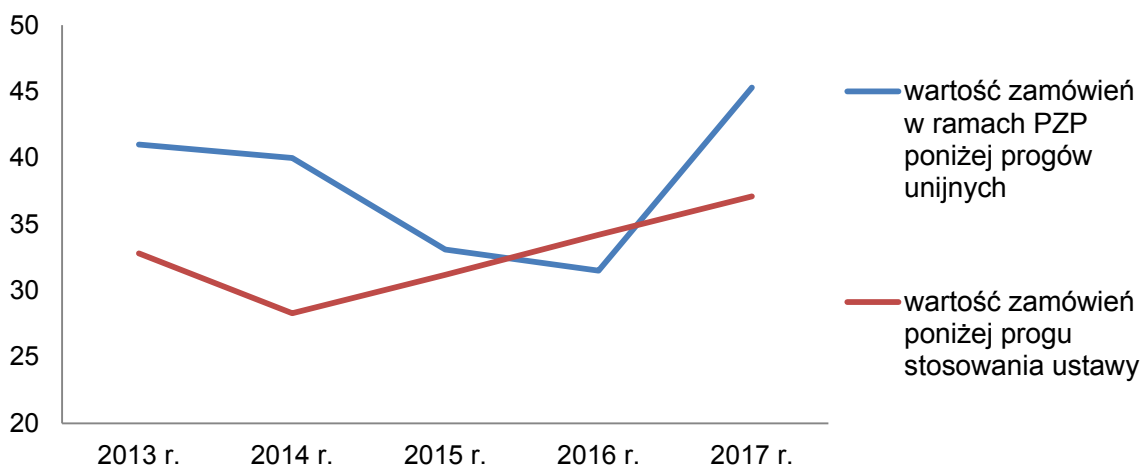
1) Wartość rynku zamówień

Na wartość rynku zamówień publicznych składają się środki wydatkowane po przeprowadzeniu postępowania z zastosowaniem Pzp, ale również środki wydatkowane bez jej stosowania tj. w szczególności o wartości poniżej 30 000 euro. Prezentowane poniżej szczegółowe dane odnośnie rynku zamówień publicznych dotyczą zamówień udzielanych w procedurach ustawy Pzp.

W odniesieniu do postępowań o wartości równej lub wyższej od progów unijnych, dane z rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach w 2017 r., pozwalają na określenie sumy zakontraktowanych kwot na poziomie ok. 114,7 mld zł. W roku 2016 było to 75,2 mld zł; w 2015 – 83,2 mld zł, w 2014 – 93,2 mld zł.

Wartość zamówień udzielanych w postępowaniach poniżej progów UE w latach 2013 r. – 2017 r. ilustruje poniższy wykres.

Wykres 1. Wartość rynku poniżej progów UE (w mld zł)



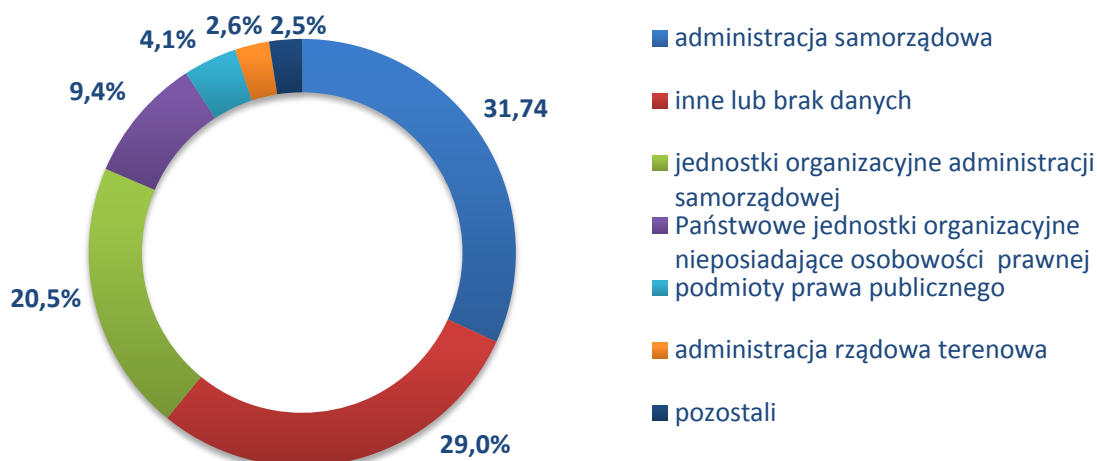
Dodatkowo 2017 r. był pierwszym pełnym rokiem, w którym obowiązywały przepisy dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Jak wynika z rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach w 2017 r. takich zamówień udzielono na kwotę 3,2 mld zł. Dla porównania, w roku 2016, przez drugie półrocze, kiedy rozpoczęły swoje obowiązywanie przepisy dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, zamówień takich udzielono na kwotę ok. 0,703 mld zł.

W 2017 r. na podstawie wyłączeń z obowiązku stosowania Pzp, określonych w art. 4, art. 4b, art. 4d oraz art. 136-138, udzielono zamówień na kwotę ok. 71,4 mld zł (w roku 2016 – 66,9 mld zł; 2015 – 88,0 mld zł, a w roku 2014 – 97,2 mld zł). Z tego 37,1 mld zł (w roku 2016 – 34,2 mld zł; 2015 – 31,2 mld zł, a w roku 2014 – 28,3 mld zł) wydano na zamówienia, których wartość nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości najniższego progu ustawowego (30 tys. euro).

2) Struktura podmiotowa rynku zamówień

W 2017 r. liczba zamawiających wyniosła 33 690 (w roku 2016 – 35 116; w roku 2015 – 35 641 a w roku 2014 – 36 796). Analiza struktury podmiotowej rynku – przedstawiona na poniższym wykresie - wskazuje, że największą grupę zamawiających stanowiły instytucje samorządowe: administracja samorządowa (ok. 32%) oraz jednostki organizacyjne administracji samorządowej (ok. 20 %).

Wykres 2. Struktura zamawiających



W 2017 r. 12 537 zamawiających wskazało, że udzielało zamówień na podstawie procedur określonych w ustawie – Pzp (w roku 2016 – ok. 13 tys; w 2015 – ok. 14 tys.). Pozostała część zamawiających (21 tys.) udzielała zamówień tylko na podstawie wyłączeń ustawowych bądź korzystając z przepisów dotyczących udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

3) Tryby stosowane w zamówieniach publicznych

Na podstawie danych z rocznych sprawozdań z 2017 r. można wskazać, że aż w 86% zamówień skorzystano z trybu przetargu nieograniczonego (w 2016 r. było to 82%, w 2015 – 83%). Drugi z wybieranych trybów, zamówienia z wolnej ręki, został wykorzystany w 9,67% zamówień.

Wykres 3. Tryby udzielania zamówień publicznych w 2017 r. (w %)

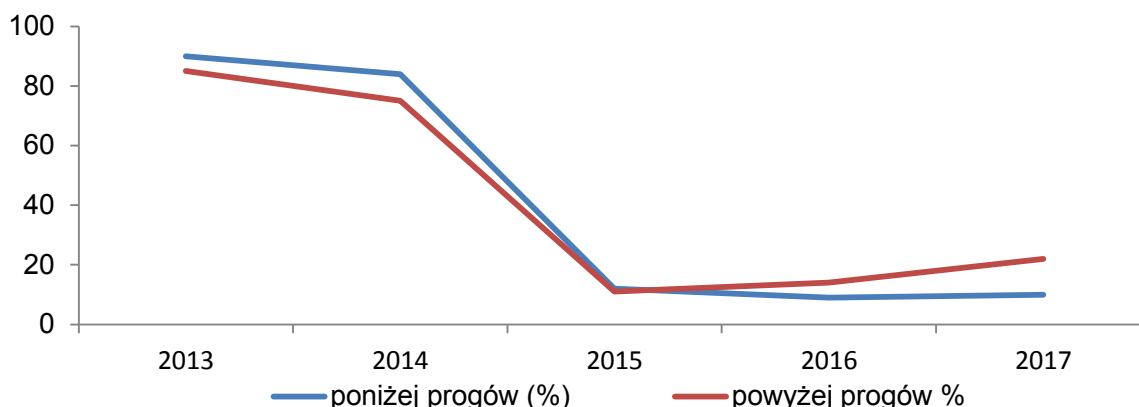


Analiza danych wskazuje na utrzymującą się dominację trybu przetargu nieograniczonego w zamówieniach publicznych. Pozostałe tryby (tzn. przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia oraz partnerstwo innowacyjne i licytacja elektroniczna) stanowiły zaledwie 0,94% postępowań (w 2016 r. - 1,27%).

4) Kryteria oceny ofert

Stosowanie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert uważane było za jeden z głównych problemów polskiego systemu zamówień publicznych. Zastosowanie kryterium ceny w latach 2013 r. – 2017 r. ilustruje poniższy wykres.

Wykres 4. Zastosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert (w %)



Analiza danych pozwala stwierdzić, że zarówno w postępowaniach o wartości wyższej niż progi UE, jak i w postępowaniach o wartości niższej niż progi UE nastąpił znaczący wzrost wykorzystania pozacenowych kryteriów oceny ofert. Zarówno przed jak i po nowelizacji przepisów w 2016 r. w postępowaniach, w których oceniano oferty na podstawie ceny i innych kryteriów, do najczęściej stosowanych dodatkowych kryteriów należały: termin realizacji zamówienia/czas dostawy oraz warunki gwarancji. Zmianie uległy wagi kryteriów dodatkowych. O ile przed nowelizacją średnio waga większości dodatkowych kryteriów wahała się w granicach 10 – 20% o tyle po nowelizacji średnia waga kryteriów dodatkowych zawierała się w przedziale 20 – 30%.

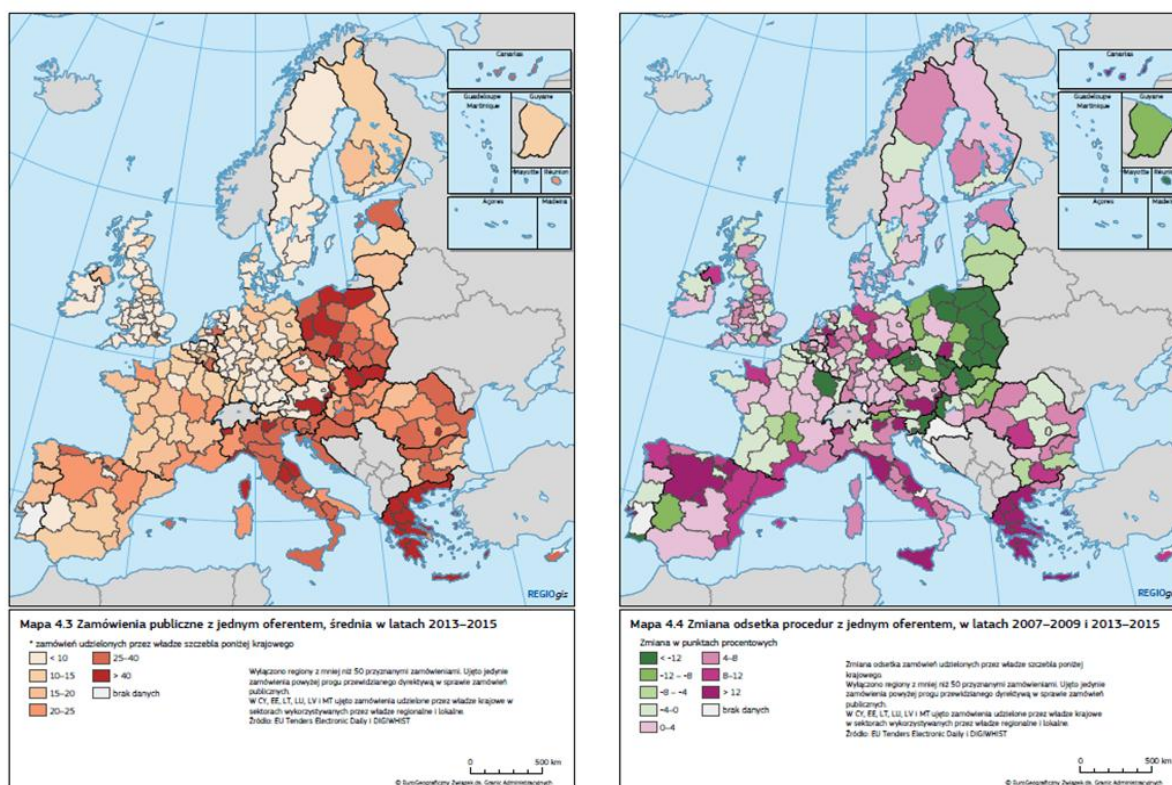
Wydaje się zatem, że możemy obserwować pozytywny trend jeżeli chodzi o zmianę postaw zamawiających. Wciąż jednak do najczęściej stosowanych kryteriów pozacenowych należą termin realizacji zamówienia i warunki gwarancji, które w części przypadków należy uznać za iluzoryczne kryteria jakościowe.

5) Liczba ofert

W 2017 r., podobnie jak w latach ubiegłych, największy odsetek zamówień (43%) stanowiły postępowania, w których wykonawcy złożyli tylko jedną ofertę. Sytuacja ta ma miejsce przede wszystkim w przypadku zamówień na dostawy i usługi. W postępowaniach na roboty budowlane konkurencyjność była znacznie wyższa, gdyż jedną ofertę składano w 29% (w 2016 r. – 19%) postępowań, a pięć i więcej ofert w 17%. W przypadku postępowań o wartości poniżej progów unijnych, w których wpłynęły minimum dwie oferty, odsetek postępowań, w których zamawiający dokonali wyboru najtańszej oferty w roku 2016 wyniósł, podobnie jak w ubiegłych latach, 83%. Analiza danych wskazuje na utrzymujący się niski odsetek ofert złożonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Celem projektowanych zmian powinno być zatem zwiększenie konkurencyjności w postępowaniach.

Na tle Unii Europejskiej w kwestii średniej ilości ofert złożonych w postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych, Polska, zgodnie z danymi z Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, znajduje się wśród krajów o wysokim współczynniku procedur zamówieniowych z tylko jedną ofertą. Niewątpliwie wpływ na to zjawisko ma skala zastosowania trybu z wolnej ręki, jednakże dane te są alarmujące. Mimo korzystnej tendencji spadkowej liczby procedur z jednym oferentem, wciąż pozostaje wiele do zmiany

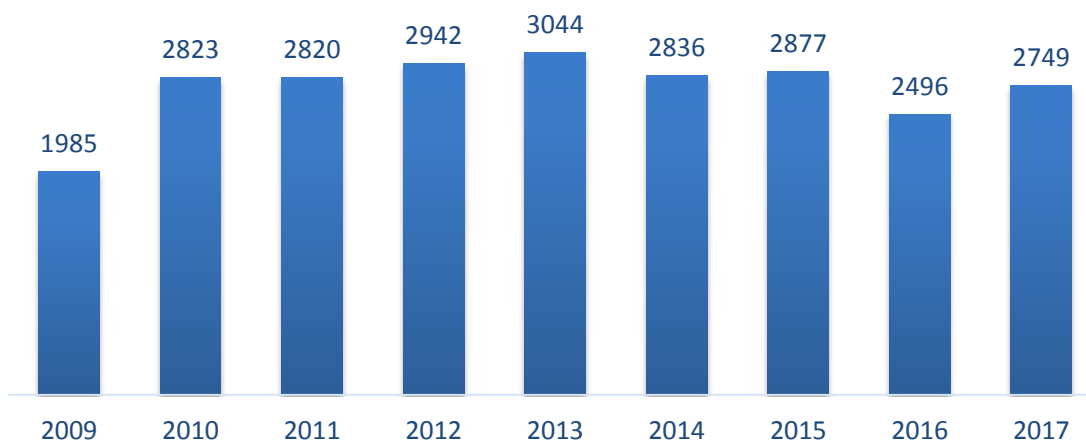
Ilustracja 1. Zamówienia publiczne z jednym oferentem 2013-2015 (lewa strona) oraz zmian odsetka procedur z jednym oferentem 2007-2009 i 2013-2015



6) Zastosowanie środków ochrony prawnej

W 2017 r. wniesionych zostało 2,7 tys. odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). W poprzednich 6 latach, poza rokiem 2016, roczny wpływ przekraczał 2,8 tys. Spośród wszystkich rozpatrzonych odwołań ponad 50% stanowiły sprawy rozpoznane przez KIO merytorycznie. W porównaniu do roku poprzedniego wskaźniki te zmieniły się w minimalnym stopniu.

Wykres 5. Liczba odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej



Do sądów okręgowych wpłynęło 159 skarg na orzeczenia KIO, czyli 6% w stosunku do rozpoznanych odwołań. W poprzednich latach było to odpowiednio: 2016 – 130 (5%), 2015 – 179 (6,7%), 2014 r. – 133 (5,1%), W 2016 roku sądy rozpoznały 44 skargi, z czego 5, tj. 11% zostało uwzględnionych. W toku pozostawało 86 spraw.

2. Potrzeba zmian systemu zamówień publicznych

W Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju wskazano, że zamówienia publiczne są jednym z obszarów, których usprawnienie może przyczynić się do zapewnienia stałego wzrostu gospodarczego kraju poprzez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu.

W tym celu należy dążyć do zwiększenia efektywności zamówień publicznych, uwzględniając jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług.

Konieczne jest również zwiększenie przejrzystości i spójności regulacji. Od czasu uchwalenia ustawy - Prawo zamówień publicznych w 2004 r. była ona nowelizowana kilkadziesiąt razy. Wpłynęło to negatywnie na czytelność ustawy oraz zatarcie jej pierwotnej systematyki, co utrudnia korzystanie z niej oraz uzasadnia zastąpienie obecnej ustawy nową, kompleksową regulacją.

II. Cele nowej regulacji

1. Cele strategiczne

1) Stworzenie warunków do realizacji celów Polityki Zakupowej Państwa

Pierwszym z celów strategicznych, jakie będzie realizowała nowa ustawa, jest stworzenie warunków do realizacji celów polityki zakupowej państwa.

Państwo powinno posiadać spójną i kompleksową strategię w obszarze zamówień publicznych, uwzględniającą aspekty innowacyjne, środowiskowe oraz społeczne. W polityce zakupowej powinno określić się priorytetowe obszary działania państwa oraz upowszechnić dobre praktyki i narzędzia zakupowe.

Opracowanie polityki zakupowej pozwoli na wdrożenie inteligentnego modelu zarządzania zakupami w ramach zamówień publicznych.

2) Bardziej efektywne wydatkowanie środków publicznych (best value for money)

Właściwie prowadzone zamówienie publiczne powinno prowadzić do udzielenia zamówienia efektywnego ekonomicznie, zapewniającego najlepszy stosunek nakładów do uzyskanych efektów w wyniku stosowania sprawnej, szybkiej i otwartej na innowacje procedury.

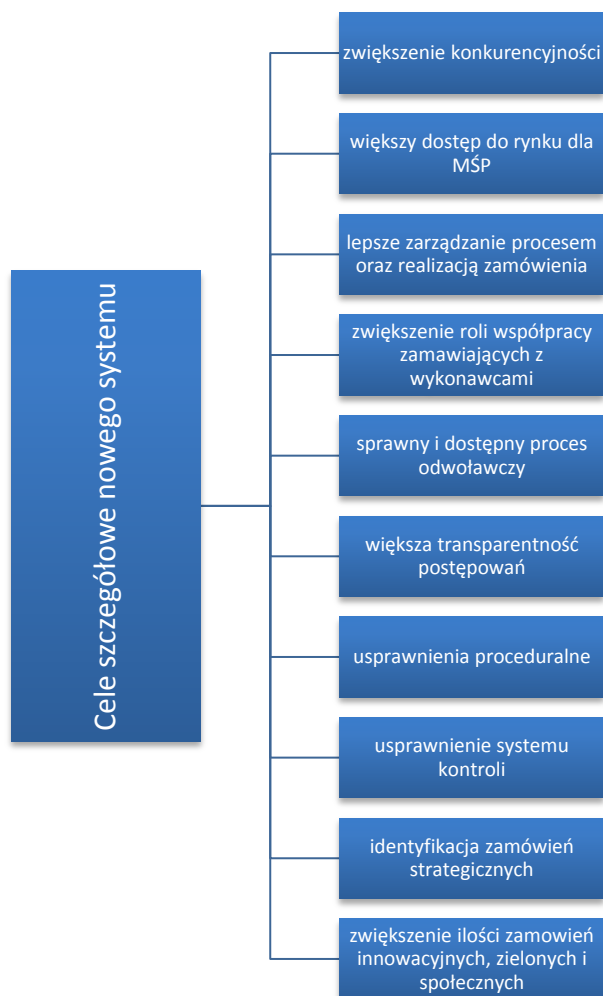
Strategia na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju wskazuje na konieczność zmian w zakresie zamówień publicznych w kierunku poprawy skuteczności działania państwa i jego instytucji. Celem jest zapewnienie wzrostu gospodarczego poprzez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu.

Obecnie zamawiający zbyt małą wagę przywiązują do efektywnego udzielenia zamówienia publicznego, koncentrując się głównie na realizacji norm prawnych regulujących przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia. Nowe prawo zamówień publicznych wprowadzi mechanizmy sprzyjające lepszemu wydatkowaniu środków publicznych. Zmiana paradygmatu systemu zamówień publicznych zostanie zaakcentowana poprzez wprowadzenie zasady efektywności rozumianej jako najlepszy stosunek nakładów do efektów uzyskanych zamówień.

Korzystanie z instrumentów zawartych w prawie zamówień publicznych powinno zapewniać efektywność budżetową dla zamawiającego (tzw. „inteligentne korzystanie”). Sprawnie prowadzona procedura obniży koszty postępowania o udzielenie zamówienia generowane tradycyjnie po stronie zamawiającego, związane z zaangażowaniem pracowników w przygotowanie i przeprowadzenie postępowania oraz z ewentualnymi kosztami postępowań odwoławczych (tzw. koszty administracyjne). Efektywne zamówienia publiczne obniżą również koszty po stronie wykonawców, m.in. poprzez stosowanie komunikacji elektronicznej, udzielanie zamówień w odpowiednim trybie, jak również ograniczenie nadmiernego żądania dokumentów przez zamawiających.

2. Cele szczegółowe

Realizacji celów strategicznych podporządkowane będą następujące cele szczegółowe:



Na efektywność zamówienia publicznego wpływają przede wszystkim następujące elementy procesu udzielania i realizacji zamówienia publicznego:

- 1) czynniki związane z przygotowaniem postępowania:
 - a. odpowiedni poziom wiedzy zamawiającego w zakresie możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia oraz wiedzy na temat struktury i funkcjonowania rynku właściwego dla danego przedmiotu zamówienia,
 - b. umiejętności miękkie personelu zamawiającego, umożliwiające efektywne rozeznanie rynku (np. w drodze wstępnych konsultacji rynkowych),
 - c. dysponowanie wystarczającym czasem na rzetelne przygotowanie postępowania,
 - d. świadomość mocnych i słabych stron zamawiającego, a także szans i zagrożeń związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia,
 - e. świadomość zamawiającego w zakresie aspektów społecznych, ekologicznych oraz gospodarczych, które może osiągnąć w ramach prowadzonego postępowania oraz udzielonego zamówienia,

-
- f. odpowiedni poziom wiedzy i doświadczenia zamawiającego na temat stosowania przepisów prawa wchodzących w zakres systemu zamówień publicznych (profesjonalizacja zamawiającego),
 - g. świadomość ekonomiczna zamawiającego, dotycząca możliwości użycia dostępnych zasobów (w tym zasobów finansowych) w celu realizacji założeń danego zamówienia publicznego;
- 2) czynniki związane z przeprowadzeniem postępowania:
- a. transparentność i jawność postępowania,
 - b. dobór odpowiedniego trybu postępowania,
 - c. ustalenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu,
 - d. dobór odpowiednich kryteriów oceny ofert,
 - e. umiejętności miękkie personelu zamawiającego związane z prowadzeniem trybów negocjacyjnych,
 - f. właściwa komunikacja z wykonawcami;
- 3) czynniki związane z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego:
- a. zarządzanie realizacją umowy,
 - b. zapewnienie odpowiedniej elastyczności umowy,
 - c. odpowiednie ukształtowanie kompetencji zespołu powołanego do nadzoru nad realizacją zamówienia.

Nowe Prawo zamówień publicznych uwzględni ww. elementy tak, by zrealizowane zostały zakładane cele regulacji. Kluczowym elementem wsparcia efektywności w zamówieniach publicznych jest ich elektroniczność, która jest jednym z podstawowych elementów reformy wprowadzonej dyrektywą 2014/24/UE i dyrektywą 2014/25/UE. W nowym prawie zamówień publicznych elektroniczność będzie postrzegana jednak nie jako obowiązek wynikający z prawa unijnego, ale jako szansa na realizację nadrzędnych celów – prowadzenia skutecznej polityki zakupowej państwa i dokonywania zamówień w sposób efektywny.

Instytucje zamawiające, które wprowadziły elektroniczne zamówienia, osiągają zazwyczaj oszczędności pomiędzy 5 a 20%. Oznacza to szybki zwrot kosztów inwestycji. Biorąc pod uwagę rozmiar całego rynku zamówień publicznych w UE, każde 5% oszczędności to nawet dodatkowe 100 mld EUR w budżetach publicznych².

Elektroniczność zamówień publicznych pozwoli na przyspieszenie postępowania, poprawienie transparentności oraz ograniczenie kosztów administracyjnych. Ponadto elektroniczność może się przyczynić do wzrostu konkurencyjności zamówień publicznych. Z danych zawartych w ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych wynika, że średnia liczba ofert składanych w postępowaniach przy wykorzystaniu licytacji elektronicznej wynosi 7,88 i jest najwyższa spośród wszystkich postępowań.

² Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: „Strategia na rzecz e-zamówień”, znak COM92012 179 final, Bruksela, dnia 20.04.2012.

Elektronizacja procesu udzielania zamówień usprawni ponadto zbieranie i przetwarzanie danych o systemie zamówień publicznych.

3. Profesjonalizacja zamówień publicznych

Przyjęcie nowych rozwiązań legislacyjnych stanowi podstawę prawidłowego działania procedur zamówień publicznych. Jednak realizacja celów nowej ustawy i całego systemu zamówień publicznych wymaga połączenia zmian w prawie z ustanowieniem sprawnie działającego systemu wsparcia zamawiających w realizacji zamówień, korzystania z narzędzi zawartych w ustawie, wdrażania przyjętych strategii i podstawowego celu – większej efektywności.

Wzmocnienie roli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Rola Urzędu jeszcze bardziej niż dotychczas koncentrować się będzie na wspieraniu zamawiających w prawidłowym przeprowadzaniu postępowania, optymalnym wykorzystaniu dostępnych narzędzi oraz realizacji istotnych celów prawa zamówień publicznych. Zamawiający, którzy chcą efektywnie i rzetelnie realizować zamówienia, potrzebują wsparcia w procesie udzielania zamówień publicznych. Najnowsze analizy wskazują, że największe oszczędności buduje się nie poprzez kupowanie najtaniej, ale poprzez usprawnianie procesu zakupów. Optymalizacja procedur w sektorze publicznym może przynieść oszczędności na poziomie 28% całości wydawanych pieniędzy.

Urząd Zamówień publicznych może pełnić w przyszłości w większym stopniu rolę instytucji wspomagającej, eksperckiej dla zamawiających i wykonawców, nie tylko co do prawa, ale przede wszystkim co do kwestii biznesowych jak np. cen na rynku w danych segmentach i najlepszych praktyk. Do zadań Prezesa UZP będzie należało:

- a) przygotowywanie wzorców umów, dokumentów, dobrych praktyk, wystandaryzowanych pakietów dokumentacji dla poszczególnych branż i rodzajów zamówień,
- b) budowanie powszechnie dostępnej bazy danych o zamówieniach, zawierającej informacje analityczne, dotyczące kryteriów, warunków udziału, opisów przedmiotów zamówienia w podziałach na kategorie zamówień, uzyskanych cen za poszczególne składowe zamówień,
- c) w oparciu o zebrane dane i wiedzę ekspercką, Urząd będzie pełnił rolę wspomagającą i doradczą poprzez punkty informacyjne i call center,
- d) organizacja systemu szkoleń:

Prezes UZP będzie organizatorem własnego systemu szkoleń, dbającym o jego poziom, zapewniającym odpowiednio przygotowane osoby do prowadzenia szkoleń. Będzie mógł też sprawować pieczę nad zewnętrznym systemem szkoleń, opracowywać programy, podejmować współpracę z uczelniami i innymi podmiotami organizującymi kursy dotyczące zamówień publicznych, udostępniać swoją wiedzę i wskazywać aktualne zapotrzebowanie na konkretne obszary programów nauczania.

Z uwagi na problemy i rozbieżności w funkcjonowaniu systemu kontroli zamówień publicznych, proponuje się również, by powstały programy szkoleń dedykowane kontrolerom bezpośrednio weryfikującym prawidłowość udzielania zamówień, w celu profesjonalizacji i ustandaryzowania systemu kontroli. Program szkoleń powinien zawierać w szczególności zagadnienia dotyczące:

-
- organizacji systemu zamówień publicznych,
 - celów i narzędzi polityki zakupowej państwa,
 - planowania zamówień oraz identyfikacji przez zamawiającego zamówień strategicznych,
 - szacowania wartości przedmiotu zamówienia,
 - odpowiedniego rozeznania rynku,
 - umiejętności zarządzania kontraktem, w tym szacowania i podziału ryzyka pomiędzy jego strony
 - wykorzystania dostępnych narzędzi do specyfikacji danego zamówienia np. wybór odpowiedniego trybu.

Wdrożenie ww. propozycji wymaga istotnego wzmocnienia instytucyjnego i kadrowego UZP. Zwiększenie nakładów na UZP i zmiana jego roli może przynieść znaczne korzyści.

III. Kształt i systematyka nowej regulacji

Proponuje się opracowanie jednej ustawy regulującej w sposób kompleksowy materię zamówień publicznych, obejmującą zamówienia klasyczne oraz sektorowe. Regulacją objęte zostaną również środki zaskarżenia oraz kwestie ustrojowe – Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a także nadzór ministra właściwego ds. gospodarki. Określona zostanie także pozycja Rady Zamówień Publicznych jako organu doradczego – opiniodawczego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Poddaje się pod dyskusję wyodrębnienie do osobnej ustawy regulacji dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z uwagi na ich specyfikę. Opracowanie odrębnej ustawy uzasadniają liczne różnice między regulacją zamówień klasycznych i sektorowych, a regulacją zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Głównym założeniem systematyki nowej ustawy jest uporządkowanie przepisów oraz zwiększenie przejrzystości ustawy. Czytelność poprawi jasny układ ustawy i podział na przepisy materialne oraz proceduralne, a także podział działów na mniejsze niż do tej pory rozdziały z wydzielonymi oddziałami. Wskazane jest wyodrębnienie przepisów regulujących:

- zakres stosowania ustawy,
- przygotowanie postępowania,
- procedurę uproszczoną dla zamówień o wartości niższej niż progi UE,
- procedurę udzielania zamówienia publicznego dla zamówień o wartości równej lub wyższej niż progi UE,
- udzielanie zamówień publicznych w szczególnych procedurach,
- udzielania zamówień sektorowych,
- procedurę odwoławczą,
- realizację umowy a także możliwości jej zmiany i rozwiązania,
- kompetencje organów kluczowych dla systemu zamówień publicznych tj. ministra właściwego ds. gospodarki, Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a także Rady Zamówień Publicznych.

Ponadto regulacja, szczególnie w zakresie dotyczącym zamówień o wartości równej lub wyższej od progów UE, powinna uwzględnić postanowienia zawarte w prawie UE, tj. przepisy następujących aktów prawnych:

- Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) (dyrektywa klasyczna),
- Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.) (dyrektywa sektorowa),
- Dyrektywę Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE z 30.12.1989 r. L 295, str. 33) (klasyczna dyrektywa odwoławcza),

-
- Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE z 23.03.1992 r. L 76, str. 14) (sektorowa dyrektywa odwoławcza),
 - Dyrektywę 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.

Zakres podmiotowy stosowania ustawy określony zostanie z uwzględnieniem odpowiednich przepisów dyrektyw UE, w szczególności art. 2 dyrektywy klasycznej oraz art. 4 dyrektywy sektorowej.

Zakres przedmiotowy projektowanej regulacji obejmie kwestie udzielania zamówień publicznych zarówno o wartości równej lub wyższej od progów UE jak i zamówień do wartości progowych. Ustawa określi zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.

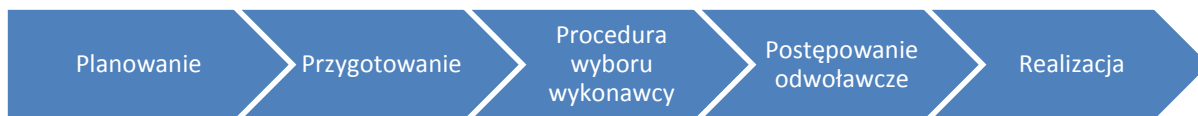
Uzupełnione zostaną zasady udzielania i realizacji zamówień publicznych, zgodnie z którymi zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonywane powinny być przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Nową zasadą będzie zasada efektywności, a w przypadku etapu realizacji zamówienia zasada współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy.

Dodatkowo projektowana regulacja obejmie zmiany w innych ustawach dotyczących udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim wprowadzone zostaną zmiany mające na celu zapewnienie spójności systemu zamówień publicznych, co wiązać będzie się z likwidacją wyłączeń stosowania ustawy w przypadku zamówień o wartości niższej niż progi UE.

Zmiany obejmą również akty prawne regulujące sposób prowadzenia kontroli udzielania zamówień publicznych. Zmiany mają zwiększyć efektywność kontroli powodując, aby były one przeprowadzane w tych postępowaniach, gdzie wystąpiło największe ryzyko popełnienia naruszeń.

IV. Sposób realizacji założonych celów reformy systemu zamówień publicznych – zakres regulacji

Nowa regulacja wprowadzi zmiany mające na celu zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych na wszystkich etapach procesu zakupowego.



1. Wprowadzenie polityki zakupowej państwa jako narzędzia realizacji polityki państwa

Zamówienia publiczne są jednym z głównych czynników wpływających na sukces gospodarczy kraju. Prowadzenie aktywnej polityki zakupowej państwa stanowi wyjście naprzeciw wyzwaniom związanym z zakończeniem perspektywy finansowej Unii Europejskiej na lata 2014-2020. Powinniśmy być przygotowani na ograniczenie środków w następnej perspektywie finansowej, chociażby z uwagi na wyjście Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej. Konieczna jest zmiana modelu realizowania potrzeb zakupowych przez sektor publiczny. Głównym celem polityki zakupowej państwa jest nadanie sterowności i ukierunkowanie zakupów publicznych na innowacyjne, zrównoważone produkty i usługi dostarczane instytucjom publicznym.

Kwestie dotyczące polityki zakupowej państwa ujęte zostały w Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.) (SOR), która stanowi podstawowy dokument stanowiący o kierunkach działań dotyczących gospodarki kraju. Polityka zakupowa państwa została wskazana w SOR jako projekt strategiczny ujęty w obszarze reindustrializacji średniookresowej strategii rozwoju kraju.

Zadaniem administracji jako inteligentnego klienta jest kreowanie rynku innowacyjnych dóbr z odpowiednim wyprzedzeniem. Polityka zakupowa ma stanowić kluczowy komponent systemu zarządzania jakością. Z perspektywy strategicznej opiera się ona na potrzebie wdrożenia inteligentnego modelu zarządzania zakupami.

Polityka zakupowa będzie dokumentem strategicznym określającym priorytetowe działania państwa w obszarze zamówień publicznych. Głównymi adresatami polityki zakupowej będą organy administracji rządowej, które poprzez swoją aktywność powinny stymulować działania uczestników rynku zgodne z jej celami. Jednak w sytuacjach, w których prawo powierza przedsiębiorstwom objętym obowiązkiem stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych (tzw. zamawiający sektorowi) konkretne zadania o charakterze publicznym – a więc tych, w których podmioty te działają w sferze imperium państwowego – polityka zakupowa powinna wskazywać kierunki i cele działania w odniesieniu do realizacji tych zadań.

Polityka zakupowa będzie zatem wyznaczać kierunki działań zamawiających na przykład odpowiadających za budowę i utrzymanie infrastruktury (np. GDDKiA, PKP PLK, czy PSE), agencji wykonawczych czy centralnych zamawiających (np. COAR).

2. Planowanie i przygotowanie postępowania

1) Zwiększenie roli planowania w zamówieniach publicznych

a. Planowanie strategiczne

Jako jedna z wad organizacji procesu udzielania zamówień publicznych wymieniane jest wąskie spojrzenie na planowanie zamówień. Powinny więc zostać wprowadzone mechanizmy, które zainicjują strategiczne podejście do udzielania zamówień, co wpisuje się w założenie uczynienia zamówień publicznych narzędziem polityki państwa.

Proponuje się wprowadzenie dla centralnych organów administracji rządowej obowiązku określenia strategii zarządzania dla poszczególnych kategorii zakupowych (drzewo kategorii zakupowych) oraz wskazania zamówień stanowiących realizację polityki państwa (informacja o zamówieniach strategicznych). Dla takich zamówień powinny zostać opracowane strategie zakupowe, skorelowane z postanowieniami dokumentów strategicznych – przede wszystkim z polityką zakupową państwa i SOR.

Wskazany obowiązek powinien stanowić ramy dla rocznych planów postępowań, o których mowa w art. 13a obowiązującej ustawy Pzp.

b. Aktualizacja rocznych planów postępowań

Utrzymany zostanie obowiązek publikacji planów postępowań wprowadzony nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. Celem wprowadzenia obowiązku publikacji planów zamówień, o których mowa w art. 13a obowiązującej ustawy, było m.in. zwiększenie dostępności wykonawców do informacji na temat planowanych zamówień, a tym samym umożliwienie lepszego przygotowania się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ważne jest jednak, aby informacja na temat planowanych zamówień była aktualna. Jedynie aktualne informacje stanowią realną wartość dodaną w kontekście ułatwień dla wykonawców.

Obowiązek publikacji planów postępowań o udzielenie zamówień w ujęciu rocznym powinien zatem zostać uzupełniony o obowiązek ich kwartalnej aktualizacji.

c. Zamieszczanie ogłoszeń w jednym miejscu

W celu zwiększenia dostępności informacji dla wykonawców wskazane jest wprowadzenie zasady koncentracji ogłoszeń, o których mowa w ustawie, w jednym miejscu. Ogłoszenia powinny być publikowane w oficjalnym publikatorze, tj. Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) – dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz.Urz.UE) dla zamówień o wartości równej i wyższej niż progi unijne. Ogłoszenia, w szczególności wszczynające prowadzenie postępowania, bądź udzielenie zamówienia, nie powinny być publikowane jedynie w BIP na stronie internetowej zamawiającego. Takie miejsce publikacji ogłoszenia może mieć jedynie charakter dodatkowy (akcesoryjny). Wykonawcy wszelkich informacji o zamówieniach powinni poszukiwać w oficjalnych, urzędowych publikatorach.

Dzięki stworzeniu elektronicznego narzędzia do prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne (Platforma e-zamówienia) możliwe będzie publikowanie ogłoszeń dotyczących zamówień publicznych przy pomocy e-sendera, tj. publikacji ogłoszeń z jednego miejsca zarówno w BZP, jak i Dz.Urz.UE. Dzięki temu narzędziu będzie możliwe również pozyskanie przez wykonawców z jednego miejsca informacji o zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych (BZP) jak i równej lub powyżej progów unijnych (Dz.U.UE).

Zgodnie z zasadą koncentracji ogłoszeń podstawowym miejscem publikacji ogłoszeń w przypadku zamówień o wartości niższej niż progi UE, objętych zakresem stosowania ustawy oraz niektórych zamówień objętych wyłączeniami z zakresu stosowania ustawy Pzp będzie BZP.

W przypadku zamówień o wartości równej lub wyższej niż progi UE objętych obowiązkiem stosowania ustawy Pzp nadal zostanie utrzymana w mocy zasada publikacji w Dz.U.UE. Zasada ta wynika z prawa UE. Dodatkowo przewidziana będzie możliwość publikacji ogłoszenia unijnego na poziomie krajowym w inny sposób. Zgodnie z art. 52 dyrektywy klasycznej publikacja ogłoszenia na poziomie krajowym nie może nastąpić przed publikacją w Dz.U.UE., chyba że zamawiający nie został poinformowany o publikacji w Dzienniku w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania zgłoszenia. W przypadku postępowań o wartości równej lub wyższej od progów unijnych, w pierwszej kolejności zamawiający nadal będzie musiał dokonać publikacji na poziomie unijnym, a następnie opcjonalnej publikacji na poziomie krajowym.

Dodatkowo proponuje się usprawnienie kwestii technicznych dotyczących publikacji ogłoszeń, w szczególności:

- wprowadzenie obowiązku, aby w BZP zamieszczać link (ścieżkę dostępu) bezpośrednio do strony, na której została zamieszczona lub będzie zamieszczana dokumentacja postępowania. Obecnie w większości linki do stron zamieszczane w BZP kierują do ogólnej strony zamawiającego, co powoduje problemy w znalezieniu szczegółowych informacji o danym zamówieniu,
- wydłużenie czasu udostępnienia dokumentów dotyczących postępowania na stronie internetowej, np. do pół roku od momentu zawarcia umowy z wykonawcą lub unieważnienia postępowania.

W odniesieniu do kwestii publikacji proponuje się wprowadzenie dodatkowo obowiązku publikacji ogłoszeń dotyczących wszystkich zmian umowy.

2) Czynności dotyczące przygotowania postępowania

Obecnie, niejednokrotnie uwaga zamawiających koncentruje się na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia – od wszczęcia procedury do wybrania najkorzystniejszej oferty. Mniejsze znaczenie przywiązywane jest do przygotowania postępowania oraz realizacji umowy. Tymczasem powyższe etapy są niezwykle istotne z punktu widzenia efektywnego wydatkowania środków publicznych. Dlatego również etap przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia poprzedzający wszczęcie samej procedury powinien być potraktowany z należytą uwagą.

a. Analiza poprzedzająca wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Jedną z czynności mających na celu prawidłowe przygotowanie postępowania powinna być analiza poprzedzająca wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, zapewnia, żeby wydatki publiczne były dokonywane w sposób celowy, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Wskazane jest zatem wprowadzenie narzędzi, które pozwolą na realizację zasad wyrażonych w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych i wprowadzenie obowiązku dokonania analizy poprzedzającej udzielenie zamówienia w przypadku zamówień o dużych wartościach. Proponuje się poddanie pod dyskusję następującej propozycji:

Propozycja do dyskusji 1

Obowiązek przeprowadzenia analizy przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia

Wprowadzenie obowiązku przeprowadzenia analizy w przypadku zamówień o wartości przekraczającej 20 mln euro dla robót budowlanych oraz 10 mln euro dla dostaw i usług, która obejmie:

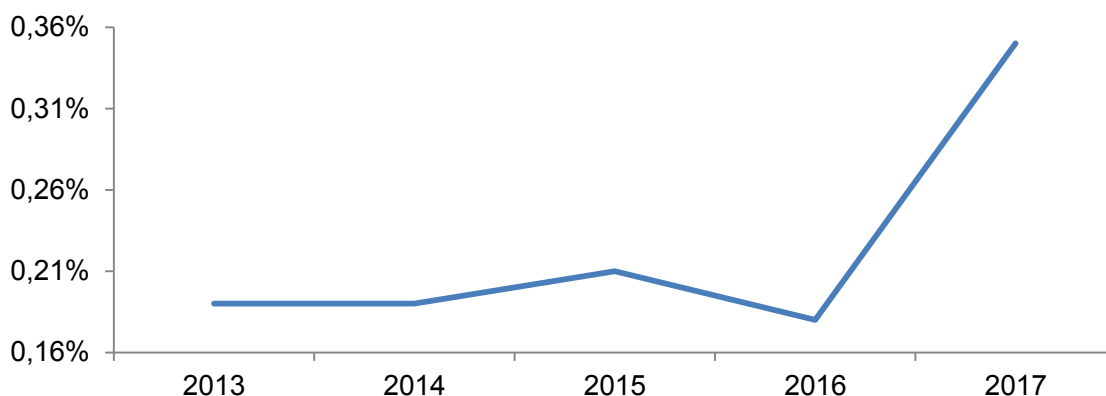
- **rozeznanie rynku w celu wskazania dostępnych opcji realizacji zamówienia oraz dokonania wstępnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia,**
- **przedstawienie wariantów realizacji danego zamówienia lub stwierdzenie, że jest tylko jedna możliwość realizacji zamówienia (brak wariantów); analiza powinna uwzględniać również koszty możliwych alternatywnych rozwiązań oraz określenie ryzyk związanych z realizacją zamówienia.**

b. Dialog z wykonawcami

W wielu przypadkach niemożliwe jest prawidłowe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia bez prawidłowego rozeznania rynku i dostępnych rozwiązań oraz dialogu z potencjalnymi wykonawcami reprezentującymi daną branżę.

Tymczasem, zgodnie ze sprawozdaniami Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych za lata 2013 -2017, z treści opublikowanych w BZP ogłoszeń wynika, iż dialog techniczny w 2017 r. został przeprowadzony w 429 postępowaniach (0,35% zamówień), w 2016 r. w 193 postępowaniach (0,18% zamówień), w 2015 r. w 240 postępowaniach (0,21%), i w 275 postępowaniach w 2014 r. (0,19%) oraz 275 w 2013 r. (0,19%). Instytucja dialogu technicznego pojawiła się w polskim systemie zamówień publicznych w 2013 r. Od chwili wprowadzenia tej instytucji jej wykorzystywanie jest wciąż znikome i utrzymuje się na tym samym poziomie - ok. 0,2% ogółu zamówień ogłoszonych w BZP.

Wykres 6. Procentowy udział dialogu technicznego w zamówieniach ogłoszonych w Biuletynie Zamówień Publicznych



Dialog techniczny jest instrumentem prawa zamówień publicznych, który może znacząco wpłynąć na jakość udzielanych zamówień i ich realizację, oraz zwiększyć ich efektywność. Dodatkowo może przyczynić się do zwiększenia zapotrzebowania na innowacyjne produkty lub usługi.

Pozytywne efekty zastosowania dialogu technicznego sprowadzają się przede wszystkim do zapewnienia, że dokumentacja przetargowa, a w szczególności opis przedmiotu zamówienia, jest kompletna i prawidłowo przygotowana. To z kolei wpływa na zmniejszenie liczby ewentualnych odwołań na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Osiąga się więc efektywność ekonomiczną – redukując potencjalne koszty administracyjne zamawiającego. Zamawiający uzyskuje również potwierdzenie gotowości potencjalnych wykonawców do realizacji przedmiotowego zamówienia. Oceniając możliwości dialogu technicznego z perspektywy efektywności ekonomicznej zamawiającego, informacje uzyskane w ramach dialogu są pomocne zamawiającemu przy odpowiedzi na pytanie, czy jest on w stanie realizować zamówienie publiczne w kształcie, jaki sobie założył, dysponując określonymi zasobami.

Inne korzyści z zastosowania dialogu technicznego to:

- rozszerzenie konkurencji poprzez identyfikowanie barier mogących ograniczać dostęp wykonawców do zamówień publicznych,
- zidentyfikowanie najlepszych i najnowszych rozwiązań technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych w dziedzinie właściwej dla przedmiotu zamówienia,
- promocja innowacji, wspieranie rozwiązań proekologicznych, nowoczesnych i zaawansowanych technologicznie,
- skonfrontowanie potrzeb zamawiającego z możliwościami ich realizacji przez funkcjonujące na danym rynku podmioty świadczące określonego rodzaju dostawy, usługi czy roboty budowlane,
- przygotowanie do realizacji zamówienia zwłaszcza w zakresie szczegółowego określenia jego przedmiotu, a w konsekwencji również do zapewnienia celowego, racjonalnego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych,
- określenie optymalnych kryteriów oceny ofert i najbardziej adekwatnych rozwiązań prawnych odnoszących się do ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego dialog techniczny dotyczy,

-
- szczegółowa identyfikacja kosztów udzielenia zamówienia publicznego, kwestii określenia ewentualnych ryzyk kontraktowych, optymalnego ich rozkładu pomiędzy stronami umowy i analizy możliwych sposobów ich ograniczenia³.

W związku z powyższym nowe przepisy powinny dawać większe możliwości dialogu z wykonawcami na etapie przygotowania postępowania.

Obowiązujące przepisy, mimo że katalog czynności objętych dialogiem technicznym ma charakter otwarty, nadmiernie akcentują przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenie warunków umowy. W celu podkreślenia wprowadzanej zmiany proponuje się zmianę nazwy z „dialogu technicznego” na „wstępne konsultacje rynkowe”, która lepiej oddaje istotę tego narzędzia. W ramach wstępnych konsultacji rynkowych zamawiający będzie mógł zwrócić się do ekspertów, organów władzy publicznej, wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w szczególności w zakresie dotyczącym, planowania i przygotowania postępowania, a także sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. Dodatkowo doprecyzowane i uproszczone zostaną przepisy dotyczące zapewnienia braku zakłócenia konkurencji w przypadku udziału wykonawcy w dialogu technicznym.

Ponadto w związku z pojawiającymi się wątpliwościami czy zamawiający może zorganizować spotkanie informacyjne z wykonawcami na etapie przygotowania postępowania, np. dotyczące planów zamawiającego i podstawowej charakterystyki zamówienia – proponuje się *expressis verbis* wskazać taką możliwość. Proponuje się także wprowadzenie możliwości spotkania z przedstawicielami rynku po upublicznieniu wstępnego ogłoszenia informacyjnego. Informacja na temat spotkania będzie podlegać upublicznieniu w taki sposób, by każdy zainteresowany wykonawca mógł wziąć w nim udział.

c. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia

Szacowanie wartości zamówienia przez zamawiającego jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania. Określenie szacunkowej wartości zamówienia nie polega tylko na wykonaniu czynności technicznej ustalającej wartość netto zamówienia. Podczas ustalania szacunku wartości zamówienia zamawiający zobowiązany jest z należytą starannością przeanalizować różne udzielane przez siebie zamówienia oraz planowane zamówienia w roku budżetowym lub w projekcie wieloletnim etc. W trakcie dokonywania czynności weryfikacyjnych zamawiający rozważa, czy planowane zamówienia są w istocie odrębnymi zamówieniami, czy też jednym zamówieniem (ale podzielonym na części lub udzielanym w częściach), którego wartością szacunkową jest łączna wartość wszystkich części. Zamawiający nie może bowiem dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy, czy też, zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu.

Pewną niedoskonałością obecnych rozwiązań ustawowych, rodzącą błędy przy stosowaniu ustawy, jest brak konsekwencji w przedmiocie umiejscowienia przepisów dotyczących

³ W. Bajda, Dialog techniczny jako instrument służący identyfikacji potrzeb zamawiającego [w:] Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, pod redakcją J. Sadowego i B. Brańko, Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, str. 49.

szacowania wartości zamówień w różnych rozdziałach ustawy (ich rozproszenie). Może to utrudniać ich zrozumienie i zaburzać wykładnię systemową. Przepisy te zasadnie usytuowane są obecnie w rozdziale dotyczącym przygotowania postępowania. Jednakże reguła ogólna dotycząca szacowania wartości zamówienia (i zakazu podziału zamówienia na części z zamiarem uniknięcia stosowania przepisów ustawy) determinująca stosowanie powyższych przepisów oraz przepisy *lex specialis* zlokalizowane są w rozdziale dotyczącym przedmiotu regulacji ustawy Pzp, pośród przepisów dotyczących zamówień mieszanych. Dlatego też niezbędne jest ucytelnienie tych regulacji. Proponuje się weryfikację systemowego usytuowania w ustawie przepisów dotyczących szacowania wartości zamówienia i dzielenia zamówienia na części. W efekcie przepisy regulujące podobne instytucje powinny znaleźć się w rozdziale dotyczącym przygotowania postępowania.

Dodatkowo ustawa Pzp w jej obecnym brzmieniu nie określa przesłanek pozwalających na przesądzenie, w jakich sytuacjach zamawiający jest zobowiązany dokonać łącznego szacowania wartości zamówień. Dlatego też, dostrzegając rangę zagadnienia oraz wychodząc naprzeciw oczekiwaniom rynku zamówień publicznych, niezbędne i celowe jest uwzględnienie w nowym Prawie zamówień publicznych regulacji porządkujących tę sferę. Przede wszystkim proponuje się wprowadzenie wprost do ustawy reguł dotyczących łącznego szacowania wartości zamówień. Obecnie zamawiający, próbując ustalić właściwy sposób szacowania, tj. ustalić czy mają do czynienia z jednym zamówieniem, czy z wieloma zamówieniami, posiłkują się regułami wypracowanymi w doktrynie. Nie przyczynia się to jednak do zapewnienia przejrzystości obrotu prawnego. Proponowane jest wskazanie w ustawie przesłanek uzasadniających łączne szacowanie wartości przedmiotu zamówień. Przesłankami tymi byłyby:

- podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia – kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość,
- tożsamość czasowa zamówienia - możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie,
- możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Celem tego rozwiązania jest przekazanie zamawiającym ustawowych wytycznych dotyczących prawidłowego szacowania wartości przedmiotu zamówienia, której ustalenie powinno nastąpić z należytą starannością w oparciu o planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju. Norma powinna znaleźć zastosowanie niezależnie od tego czy zamawiający zamierza nabyć usługi, dostawy, czy też roboty budowlane jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Pozwoli to w łatwiejszy sposób ustalić, czy zamawiający ma do czynienia z jednym zamówieniem (a zatem, czy powinien oszacować jego wartość łącznie), czy też z całkowicie odrębnymi zamówieniami (które można szacować niezależnie od siebie).

Celowe jest także usprawnienie procesu ustalania wartości zamówienia dla usług i dostaw powtarzających się okresowo, podlegających wznowieniu lub udzielanych na podstawie umów zawieranych na czas nieokreślony. Obecnie obowiązujące przepisy zawierają takie regulacje, jednak ich stosowanie w przypadku ustalania wartości szacunkowej umów wieloletnich nastrocza zamawiającym pewnych trudności. Należy zatem przesądzić, w jaki sposób dokonywać szacunku wartości zamówień na dostawy (inne niż udzielane na

podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu) zawierane na czas nieokreślony, np. dostawy energii elektrycznej. Pozwoli to urealnić dokonywane szacunki wartości przedmiotu zamówienia.

W obecnym brzmieniu ustawy reguły szacowania wartości przedmiotu zamówień oraz dzielenia zamówień na części mają zastosowanie do zamówień udzielanych na gruncie tej ustawy. Nie istnieje jednoznaczny przepis przesądzający, że te same reguły szacowania i dokonywania podziałów dotyczą zamówień, co do których nie stosuje się ustawy (wyłączenia ze stosowania ustawy) lub zamówień, których udziela się w oparciu o specjalne procedury (zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi). Może to budzić uzasadnione wątpliwości, gdy podstawą wyłączenia jest przesłanka polegająca na nieosiągnięciu przez dane zamówienie przewidzianej w przepisie wartości (dotyczy to np. odstąpienia od wymogu stosowania ustawy w przypadku zamówień o wartości nieprzekraczającej równowartość 30 tys. euro). Proponuje się zatem wprowadzenie normy, zgodnie z którą stosowanie przepisów dotyczących szacowania wartości zamówień powinno być obligatoryjne także na gruncie czynności związanych z wyborem reżimu ustawy lub ustalenia czy ustawa ma zastosowanie – jeżeli decydująca dla takiej oceny jest wartość zamówienia. Dodatkowo, pozytywnym aspektem wprowadzenia takiego rozwiązania, będzie urealnienie danych statystycznych pozyskiwanych od zamawiających w celach sprawozdawczych.

W zakresie podstaw dokonywania oszacowania wartości przedmiotu zamówienia proponuje się pozostawienie dotychczasowych rozwiązań. W dalszym ciągu dla robót budowlanych podstawą takiego szacunku byłby kosztorys inwestorski lub planowane koszty prac projektowych w zakresie opisanym aktami wykonawczymi do ustawy. Brak jest ponadto uzasadnionych powodów do zmiany terminu ustalenia wartości zamówienia oraz przepisów *lex specialis* nakazujących powiększanie wartości zamówienia o wartość zamówień podobnych, prawa opcji itp. Powyższe przepisy nie budzą istotnych wątpliwości w obrocie prawnym.

d. Opis przedmiotu zamówienia

Proponowane jest zachowanie regulacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w dotychczasowym kształcie.

W regulacji dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia należy uwzględnić możliwość dokonania opisu przedmiotu zamówienia na zasadzie opisu technicznego, jednak wyraźnie wyodrębniona powinna zostać możliwość dokonania również opisu funkcjonalnego.

Regulacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia powinny uwzględniać postanowienia dyrektyw UE i zapewniać realizację zasady niedyskryminacji. Proponuje się zachować dotychczasową regulację i wskazać, że opis cech charakterystycznych produktu lub usługi nie powinien odnosić się do określonego wyrobu lub źródła, szczególnych sposobów postępowania lub znaków towarowych, patentów, lub specyficznego pochodzenia, chyba że takie odniesienie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i towarzyszą mu słowa „lub równoważne”. Dodatkowo proponuje się określenie przez zamawiających kryteriów równoważności.

Art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że przedmiot zamówienia nie może być opisany poprzez wskazanie odpowiedniego patentu, znaku towarowego, źródła pochodzenia lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi należące do konkretnego wykonawcy. W takiej sytuacji istnieją trzy przesłanki, których spełnienie łącznie skutkować będzie możliwością zastosowania takiego opisu przedmiotu zamówienia: (i) specyfika

przedmiotu zamówienia uzasadnia takie sformułowanie, (ii) zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz (iii) skorzystanie z sformułowania „lub równoważne” wraz z możliwym do zweryfikowania opisaniu czym takie rozwiązanie równoważne jest.

W nowej ustawie dodany zostanie obowiązek umieszczenia w SIWZ określenia co zamawiający uznaje za rozwiązanie równoważne.

Ponadto zamawiający, tak jak obecnie, będzie mógł określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem.

W celu zapewnienia realizacji społecznej polityki państwa zasadne jest zapewnienie, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane określił wymagania dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu kodeksu pracy. Wskazane jest jednak wprowadzenie mechanizmów zapewniających w sposób czytelny możliwość weryfikacji przez zamawiającego na etapie realizacji zamówienia dokumentów potwierdzających zatrudnienie w takiej formie.

Dodatkowo konieczne jest uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia obowiązku dostosowania projektu do potrzeb wszystkich użytkowników, w tym zapewnienia dostępności dla osób niepełnosprawnych, zgodnie z art. 42 dyrektywy klasycznej.

3. Rola zamawiającego

1) Podmioty odpowiedzialne za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania

Nowa ustawa wyodrębni regulacje dotyczące zamawiających, w tym podmiotów odpowiadających za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania. Określi rolę i zakres odpowiedzialności kierownika zamawiającego, komisji przetargowej oraz zespołu odpowiedzialnego za nadzór nad realizacją zamówienia.

Kierownik zamawiającego odpowiadał będzie jak dotychczas za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W nowej regulacji zasadne będzie doprecyzowanie kwestii związanych z odpowiedzialnością za realizację poszczególnych istotnych czynności związanych zarówno z przygotowaniem postępowania, jak również jego realizacją.

W sposób czytelny określona zostanie rola komisji przetargowej polegająca na przeprowadzeniu postępowania oraz rola zespołu odpowiedzialnego za nadzór nad realizacją zamówienia w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, którego wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 mln euro.

Ponadto określone zostaną zasady wyłączenia osób wykonujących z ramienia zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób zapewniający transpozycję art. 24 dyrektywy klasycznej dotyczącego zapobieganiu konfliktom interesów. Uwzględnione zostaną również istniejące w polskim systemie prawnym regulacje dotyczące wyłączenia z postępowania osób o określonym rodzaju pokrewieństwa lub powinowactwa, a także zakazu uczestnictwa w postępowaniu osób karanych za określone przestępstwa.

2) Zamówienia wspólne, centralne i pomocnicze

a. Zamówienia wspólne

Proponuje się doprecyzować kształt regulacji dotyczącej udzielania zamówień wspólnych. Doprecyzowania wymagają zasady odpowiedzialności określone w obowiązującym art. 16 ust. 7, 8 i 9 Pzp. Wskazane jest także wprowadzenie obowiązku zawarcia porozumienia określającego relacje między zamawiającymi, o ile obowiązek współdziałania nie wynika z przepisów prawa.

Proponuje się pozostawić regulację dotyczącą wspólnego udzielania zamówień z zamawiającymi posiadającymi siedzibę w innych państwach członkowskich w dotychczasowym kształcie.

b. Centralny zamawiający

Proponuje się doprecyzować regulacje dotyczące centralnego zamawiającego. Dotyczy to przepisów regulujących wskazanie centralnego zamawiającego przez Prezesa Rady Ministrów lub organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego, zakresu działań podejmowanych przez centralnego zamawiającego oraz regulacji dotyczącej zakresu odpowiedzialności. Nie planuje się także zmian dotyczących przepisów regulujących możliwość korzystania przez zamawiających z usług centralnego zamawiającego posiadającego siedzibę w innym państwie członkowskim.

c. Pomocnicze działania zakupowe

Proponuje się pozostawienie bez zmian dotychczasowej regulacji dotyczącej pomocniczych działań zakupowych, w szczególności w zakresie przepisów stanowiących transpozycję art. 2 pkt 15 dyrektywy klasycznej wskazującego przykładowe formy pomocniczych działań zakupowych.

4. Uproszczenie zasad podmiotowej kwalifikacji wykonawców

1) Warunki udziału w postępowaniu

Konieczne jest uporządkowanie i doprecyzowanie przepisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Aktualny stan prawny rodzi problemy dotyczące wymagań co do poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, jak i oceny spełniania wymagań w ramach tych warunków. Uzasadnione jest przyjęcie systematyki, która pozwoli na wyodrębnienie regulacji:

- wskazujących, jakich zdolności wykonawcy mogą dotyczyć warunki udziału,
- dotyczących wymagań, jakie zamawiający mogą stawiać w ramach poszczególnych warunków,
- oraz środków dowodowych, jakich zamawiający mogą żądać na potwierdzenie spełniania wymagań.

Proponuje się wskazanie, że warunki udziału mogą dotyczyć:

- ogólnej zdolności wykonawcy do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego,
- uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,
- sytuacji ekonomicznej lub finansowej,

-
- zdolności technicznej lub zawodowej.

Warunek dotyczący ogólnej zdolności wykonawcy do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego będzie pozwalał zamawiającemu na identyfikację podmiotu występującego w postępowaniu, a w szczególności ustalenie czy podmiot występujący jako np. spółka handlowa jest wpisany do odpowiedniego rejestru. Proponowana regulacja pozostanie bez wpływu na definicję wykonawcy, która nie ulegnie modyfikacji, tj. nadal o zamówienie będzie mogła się ubiegać osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. W ramach weryfikacji wykonawcy w zakresie powyższego warunku zamawiający będzie mógł sprawdzić, czy wykonawca jest wpisany do odpowiedniego rejestru, ewentualnie będzie mógł żądać od wykonawcy innego dokumentu potwierdzającego, że może on występować jako podmiot, za który się podaje. Aktualnie podobne funkcje miał pełnić warunek dotyczący kompetencji wykonawcy do prowadzenia działalności. Jednocześnie proponuje się rezygnację z odesłań w zakresie tego warunku do załącznika XI do dyrektywy 2014/24/UE oraz załącznika VII do dyrektywy 2009/81/WE, co pozostanie bez wpływu na możliwość wymagania wpisu do rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w innych państwach członkowskich.

W ramach uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej za wystarczające należy uznać wskazanie w regulacjach ustawowych, jakie wymogi mogą stawiać zamawiający w ramach tego warunku, np.: posiadanie zezwoleń, koncesji, licencji, posiadanie statusu członkowskiego określonej organizacji, jeśli jest to niezbędne do świadczenia usług, dostaw czy robót budowlanych.

W zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej proponuje się obok wymogów wyszczególnionych aktualnie w art. 22c ust. 1 ustawy Pzp wskazać, że zamawiający może wymagać również posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.

W ramach weryfikacji zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający będzie mógł, podobnie jak w aktualnych regulacjach, postawić wymogi dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, tym samym umożliwiając realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Ponadto proponuje się wyodrębnić z regulacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu przepisów normujących tzw. zamówienia zastrzeżone. Obecnie umiejscowienie tych regulacji rodzi problemy praktyczne związane z mylnym utożsamianiem zastrzeżenia zamówienia przez zamawiającego (*dla zakładów pracy chronionej oraz innych wykonawców, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych*) z warunkami udziału w postępowaniu.

Wyodrębnienia wymagają ponadto regulacje dotyczące możliwości powoływania się na potencjał innych podmiotów. Aktualnie regulacje te umiejscowione są pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu.

Środki dowodowe, podobnie jak to ma miejsce w obecnym stanie prawnym, zostaną uregulowane w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

a. Zasada wymagania dokumentów od wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą

Reguła, zgodnie z którą zamawiający wymaga dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dotyczy również podstaw do wykluczenia) od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, zostanie zachowana. Wskazane jest jednak doprecyzowanie regulacji dotyczących wezwania do złożenia dokumentów w ten sposób, aby uwzględniała ona sytuacje, w których zamawiający dysponuje już odpowiednimi dokumentami, czy to na skutek tego, że można je pozyskać z ogólnodostępnych, bezpłatnych baz danych w państwach będących członkami UE oraz EOG, czy też ze względu na wcześniejsze złożenie ich przez wykonawcę. Aktualna treść art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie uwzględnia wprost sytuacji, w których zamawiający już dysponuje odpowiednim dokumentem albo może je uzyskać za pomocą ogólnodostępnych, bezpłatnych baz danych.

Regulacje dotyczące składania oświadczeń i dokumentów w postępowaniach poniżej progów unijnych zostaną przeniesione do odrębnego działu zawierającego kompleksowe regulacje w zakresie procedury udzielenia zamówienia poniżej progów unijnych (vide: pkt IV. 6. koncepcji).

b. Rozróżnienie oświadczeń od dokumentów

Uzasadnione jest rozróżnienie oświadczeń składanych przez wykonawcę, ewentualnie podmiot udostępniający zasoby, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy też spełnianie kryteriów selekcji (dotyczy również podstaw wykluczenia) od dokumentów (środków dowodowych), które również służą wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Proponowane zmiany będą miały na celu wyeliminowanie sytuacji, w których oświadczenie składane jest przez wykonawcę jako oświadczenie wstępnie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a następnie to samo oświadczenie (ewentualnie rozbudowane), jako dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Podobna sytuacja ma miejsce przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia. Przewidywane zmiany zostaną uwzględnione, także w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

c. Aktualność dokumentów

Uczytelnienia wymagają również regulacje dotyczące aktualności dokumentów. Konieczne jest rozróżnienie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dotyczy także braku podstaw do wykluczenia) od momentu złożenia dokumentu potwierdzającego powyższe okoliczności i jego aktualności. Reguły dotyczące oceny wykonawcy i aktualności dokumentów nie zostaną zmienione. Z nowych regulacji powinno jasno wynikać, że warunki udziału w postępowaniu powinny być spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, nie zaś tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu etc.). Aktualne oświadczenia lub dokumenty to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie i która obecnie (w czasie terażniejszym) występuje. Ponadto nowe regulacje nie powinny pozostawiać wątpliwości co do tego, że pojęcia aktualności dokumentów nie należy utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacje zgodne z istniejącym stanem faktycznym. Data wystawienia dokumentu, o ile dokument ten potwierdza istniejący stan rzeczy, nie powinna mieć zatem zasadniczego znaczenia dla uznania tego dokumentu przez zamawiającego za nieaktualny.

Doprecyzowania wymagają również regulacje dotyczące aktualności dokumentów uzupełnianych. Obecnie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazuje wprost, na jaki moment mają być aktualne dokumenty uzupełniane. Zasadnym wydaje się przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym aktualność uzupełnianych oświadczeń lub dokumentów była powiązana z „aktualnością” rozumianą odpowiednio na gruncie obecnie obowiązującego art. 25a ust. 1 ustawy lub art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, czyli przepisów dotyczących oświadczeń i dokumentów, co do których zachodzi konieczność ich uzupełnienia.

d. Doprecyzowanie regulacji procedury odwróconej

Konieczne jest rozbudowanie regulacji dotyczącej procedury odwróconej, która w praktyce jest często wykorzystywana przez zamawiających. Wskazane jest określenie sposobu postępowania (ponawiania procedury oceny, ewentualna ocena wykonawcy następnego w kolejności) w przypadku gdy po weryfikacji okaże się, że wykonawca, który złożył ofertę ocenioną najwyżej, nie potwierdzał spełnia warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia. Wydaje się, iż właściwym rozwiązaniem byłoby zobowiązanie zamawiającego do oceny podmiotowej wykonawcy, środków dowodowych złożonych przez tego wykonawcę (bez konieczności ponownej oceny ofert), który złożył ofertę najwyżej ocenianą spośród pozostałych ofert (drugi w kolejności).

e. Wprowadzenie podstawy prawnej dla zwrócenia się do podmiotu, na rzecz którego poprzednie zamówienie było wykonane o dodatkowe dane

Proponuje się podniesienie do rangi ustawowej normy § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

Podniesienie ww. normy do rangi ustawowej powinno przyczynić się do upowszechnienia jej stosowania i zachęcić do weryfikacji realnego potencjału wykonawcy do realizacji danego zamówienia.

2) Poleganie na zasobach podmiotów trzecich

Proponuje się, aby wykonawca był uprawniony do powoływania się na zasoby innych podmiotów w zakresie takim, jaki wynika z dyrektyw, tj. w odniesieniu do warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej. Nadal brak będzie możliwości powoływania się na potencjał i zdolności innych podmiotów w zakresie zdolności wykonawcy do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz uprawnień i predyspozycji wykonawcy do prowadzenia działalności gospodarczej.

Pozostawiona zostanie również regulacja dotycząca realności wykazania potencjału, tzn. w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Wykonawcy będą mogli polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Doprecyzowane zostaną przepisy dotyczące udowodnienia zamawiającemu dysponowania przez wykonawcę odpowiednim zasobem udostępnionym przez inny podmiot. Wskazane jest

określenie momentu składania zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, jak i formy tego zobowiązania.

Ponadto, tak jak obecnie, solidarna odpowiedzialność podmiotu udostępniającego zasoby z wykonawcą zostanie ustanowiona wyłącznie w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej. Wymaga jednak zmiany redakcja przepisu dotycząca odpowiedzialności solidarnej podmiotu trzeciego (art. 22a ust.5 ustawy Pzp). W nowych regulacjach wyraźnie zostanie wskazane, że to podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie nie ponosi winy.

Proponuje się ponadto wprowadzenie do ustawy regulacji, które przesądzą, że nie jest dopuszczalne, by wykonawca samodzielnie wykazujący spełnianie warunku na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na późniejszym etapie (uzupełnianie dokumentów) powołał się w tym względzie na potencjał podmiotu trzeciego. Powyższa propozycja jest konsekwencją stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonego w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W ocenie Trybunału wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kluczowe dla stanowiska Trybunału w tym zakresie było przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby poniekąd zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

W nowej ustawie przewidziana zostanie regulacja, zgodnie z którą zamawiający będzie wymagał od wykonawcy zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby – który nie spełnia odpowiedniego/odpowiednich warunku/warunków udziału w postępowaniu lub wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia – innym podmiotem trzecim lub wykazania przez samego wykonawcę, że posiada zasoby potwierdzające spełnienie warunków określonych przez zamawiającego. Nie przewiduje się natomiast konieczności zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę, zwłaszcza gdy udostępnienie dotyczy zdolności technicznych lub sytuacji ekonomicznej czy finansowej.

Doprecyzowania wymaga również możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w kontekście jego uprawnienia, o którym wyżej mowa, tzn. zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem trzecim lub powołania się na własne zasoby, czyli określenia relacji pomiędzy aktualnie obowiązującym art. 22a ust. 6, a art. 26 ust. 3 Pzp. W nowych regulacjach przewiduje się wskazanie, że w ramach wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca będzie miał możliwość skorzystania wyłącznie z uprawnienia określonego w art. 22a ust. 6 Pzp. Rozszerzenie podstaw prawnych regulujących zagadnienie uzupełniania dokumentów, w szczególności w zakresie zasady jednokrotnego uzupełniania dokumentów (która zostanie wyraźnie określona w nowych regulacjach) na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie jest bowiem uzasadnione.

Zamawiający aktualnie mają trudności z określeniem zakresu badania podmiotów udostępniających zasoby pod kątem przesłanek wykluczenia z powodu zaistnienia przesłanek fakultatywnych. Należy doprecyzować regulację w ten sposób, aby zakres badania podmiotu udostępniającego zasoby był odpowiedni do zakresu badania wykonawcy w danym postępowaniu (art. 22a ust. 3 obowiązującej ustawy Pzp).

Konieczne jest ponadto uczynienie regulacji dotyczących możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie kryteriów selekcji. Nowe regulacje powinny

uwzględniać regulacje prawa europejskiego, w szczególności jednoznaczne sformułowania zawarte w stosowanym bezpośrednio Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, umożliwiające wykonawcom powoływanie się na potencjały podmiotów trzecich przy wykazywaniu kryteriów selekcji. Wskazane jest jednak zapewnienie, że możliwe jest powołanie się w tym wypadku na zdolności podmiotów trzecich o ile te podmioty zrealizują części zamówienia, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3) Przesłanki wykluczenia

a. Obligatoryjne przesłanki wykluczenia

Kształt przesłanek wykluczenia jest w dużym stopniu determinowany brzmieniem art. 57 dyrektywy 2014/24/UE – tzw. dyrektywy klasycznej. Proponuje się zatem dostosować regulację przesłanek wykluczenia do regulacji dyrektywy klasycznej. W obowiązującym stanie prawnym część przesłanek wskazanych w art. 57 ust. 4 dyrektywy klasycznej, który określa katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia zostało wskazanych w ustawie Pzp jako przesłanki obligatoryjne. Ten sposób implementacji powoduje w przypadku zamówień o wartości równej lub wyższej niż progi UE, trudności z wypełnieniem formularza JEDZ, który odzwierciedla regulację dyrektywy. Propozycja ograniczenia liczby obligatoryjnych przesłanek do przesłanych wskazanych w dyrektywie pozwoli na wyeliminowanie tych problemów o charakterze praktycznym.

Zgodnie z proponowanym rozwiązaniem zamawiający będzie musiał wykluczyć wykonawcę skazanego prawomocnie za przestępstwa, o których mowa w art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej. Katalog przestępstw zostanie dostosowany do przestępstw wskazanych w tym przepisie dyrektywy.

Wykluczenie na tej podstawie dotyczyć będzie także wykonawcy, którego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo – akcyjnej, lub prokurenta skazano prawomocnym wyrokiem za ww. przestępstwa.

Obowiązkową podstawą wykluczenia pozostanie również przesłanka obejmująca sytuacje, w których wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Proponuje się także obowiązkowe wykluczenie wykonawcy, wobec którego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne.

b. Fakultatywne przesłanki wykluczenia

Proponuje się ograniczenie przesłanek fakultatywnych oraz ich doprecyzowanie. Propozycje dotyczące redukcji przesłanek pozwolą na uproszczenie regulacji w tym zakresie oraz wyeliminowanie powtarzających się unormowań.

Warto podkreślić, że zamawiający będzie mógł nadal wykluczyć wykonawcę na podstawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia o ile przewidzi taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji.

Możliwość samooczyszczenia wykonawców oraz cezury czasowe dotyczące możliwości wykluczenia zostaną określone zgodnie z obowiązującymi dyrektywami regulującymi tę kwestię.

5. Uproszczenia proceduralne

1) Obniżenie progu warunkującego stosowanie ustawy

Proponuje się poddać pod rozagę wprowadzenie obniżenia granicznego progu stosowania ustawy Pzp, a tym samym progu stosowania procedury uproszczonej. Obniżenie progu może wpłynąć pozytywnie na kontrolę wydatkowania środków publicznych oraz na konkurencyjność, w tym dostęp do zamówień dla małych i średnich przedsiębiorców.

Rozważane są następujące warianty kwoty bagatelności:

Propozycja do dyskusji 2

Proponowane warianty progu bagatelności

- 14 tys. EUR/lub inny – obniżony próg bagatelności
- 30 tys. EUR – obecny próg bagatelności stanu

Obniżony próg bagatelności prowadzi do szerszego ujednolicenia procedur.

Pozostanie przy obecnej wysokości progu bagatelności będzie skutkowało większą ilością zamówień przeprowadzanych bez zachowania procedur przewidzianych w Pzp. Takie rozwiązanie może być ułatwieniem dla zamawiających, którzy mają możliwość prowadzenia procedury zamówieniowej według własnego regulaminu, co daje możliwość lepszego dostosowania organizacji zakupów do struktury danej jednostki.

Polska, w chwili obecnej, plasuje się w środku zestawienia wysokości progów bagatelności w UE. Poniższe zestawienie ilustruje wysokość progów bagatelności stosowanych w różnych państwach EU i EOG:

Tabela 1. Progi bagatelności w wybranych krajach Unii Europejskiej

Szwecja	535000 SEK = ok. 52500 EUR
Rumunia	132519 RON = ok. 28500 EUR
Francja	25000 EUR
Czechy	2000000 CZK = ok. 78500 EUR
Portugalia	20000/30000/50000 EUR

Hiszpania	18000/50000 EUR
Norwegia	10500 EUR
Włochy	40000 EUR

2) Zwiększenie przejrzystości reguł dotyczących trybów udzielania zamówień powyżej progów UE

a. Uwagi ogólne

Podstawą konstrukcji trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przewidzianych ustawą Pzp muszą być procedury zgodne z regulacjami zawartymi w dyrektywie klasycznej i dyrektywie sektorowej. Przepisy wymienionych dyrektyw w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zostały przeniesione na grunt prawa krajowego w aktualnie obowiązującej ustawie Pzp. Dlatego też obowiązujące przepisy w zakresie trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią dobry punkt wyjścia dla nowej regulacji. Uzasadnione jest jednak wprowadzenie w nowej ustawie uproszczeń i usprawnień w stosunku do obecnie obowiązujących przepisów.

Sugerowane niżej rozwiązania oparte są przede wszystkim na przepisach ww. dyrektyw, a także wynikają z doświadczeń krajowych związanych ze stosowaniem przepisów aktualnie obowiązującej ustawy.

Proponuje się zachowanie dotychczasowych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

b. Normy o charakterze ogólnym, które powinny być zawarte w części wspólnej

Celem zwiększenia przejrzystości regulacji i ułatwienia stosowania przepisów dotyczących poszczególnych trybów uzasadnione jest wydzielenie części ogólnej wspólnej dla wszystkich/większości trybów przewidzianych ustawą Pzp.

- **Zasada prymatu przetargu nieograniczonego i ograniczonego**

Proponuje się przeniesienie normy obowiązującego art. 10 ustawy Pzp do części wspólnej.

- **Moment wszczęcia postępowania**

Moment wszczęcia postępowania powinien być skorelowany z publikacją ogłoszenia w oficjalnym publikatorze. Tym samym w nowym akcie prawnym zasadne jest określenie momentu wszczęcia postępowania na dzień ukazania się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (w postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych). Zamieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej powinno mieć charakter wtórny (obowiązkowy, ale nie decydujący o wszczęciu postępowania). Rozwiązanie to pozwoli na wyeliminowanie wątpliwości, co do możliwości wszczęcia postępowania poprzez zamieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej przed jego ukazaniem się w odpowiednim publikatorze. Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z brzmieniem art. 52 dyrektywy klasycznej ogłoszenia o zamówieniu nie można publikować na poziomie krajowym przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Celem ww. przepisu jest zapewnienie pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym. Odrębnego uregulowania wymagał będzie tryb negocjacji bez ogłoszenia, gdzie momentem wszczęcia postępowania powinno być przekazanie zaproszenia do negocjacji.

- **Treść ogłoszenia o zamówieniu**

Wskazane jest wprowadzenie jednego przepisu regulującego treść ogłoszenia, który uwzględni podstawowe elementy ogłoszenia oraz elementy specyficzne dla trybów dwuetapowych. Proponowana zmiana przyczyni się do zwiększenia czytelności ustawy i zmniejszenia liczby jednostek redakcyjnych.

- **Wadium**

Uzasadnione jest jednoznaczne określenie, do których trybów przepisy o wadium mają zastosowanie. Za zasadne należy uznać utrzymanie obowiązku żądania wadium w przetargu nieograniczonym oraz ograniczonym. Mając na względzie potrzebę uproszczeń również w postępowaniach o wartości równej lub wyższej od progów UE zasadnym wydaje się rezygnacja z bezwzględnego obowiązku żądania wadium (pozostawienie do decyzji zamawiającego) w postępowaniach prowadzonych w trybie: negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego czy negocjacji bez ogłoszenia, których wartość jest równa lub przekracza progi UE.

Ponadto konieczne jest doprecyzowanie kwestii zwrotu wadium, ponieważ zasady w obowiązujących przepisach zostały przewidziane jedynie dla wadium wniesionego w pieniądzu. W przypadku pozostałych form konieczne jest doregulowanie powyższej kwestii. Potrzebne jest również doprecyzowanie kwestii zasad wnoszenia wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz zatrzymania wadium.

c. Regulacje dotyczące poszczególnych trybów

- **Przetarg nieograniczony i ograniczony**

Po wydzieleniu wspólnej części dotyczącej trybów, regulacje przetargu nieograniczonego i ograniczonego będą dotyczyć głównie: charakterystyki każdego z trybów, momentu udostępnienia specyfikacji za pomocą środków elektronicznych, terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (przetarg ograniczony), sposobu wyłaniania wykonawców zapraszanych do składania ofert (przetarg ograniczony) i terminu składania ofert. Planowane jest zwiększenie czytelności regulacji w tym zakresie przy zachowaniu dotychczasowych podstawowych zasad regulacji.

- **Negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne**

Proponuje się odformalizowanie trybów, w których występują negocjacje lub dialog pomiędzy zamawiającym a wykonawcami poprzez wprowadzenie regulacji pozwalających w celu wypracowania optymalnych rozwiązań na elastyczne prowadzenie rozmów w możliwie najszerszym zakresie. Ponadto proponuje się rezygnację z udostępniania przez zamawiającego SIWZ na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. SIWZ zastąpi nowy, uproszczony dokument, który będzie zawierał z jednej strony informacje niezbędne dla wykonawców, pozwalające na podjęcie decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu, z drugiej zaś informacje pozwalające zamawiającemu na sprawne przeprowadzenie kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Dokument ten będzie modyfikowany na kolejnych etapach postępowania, z wyjątkiem minimalnych wymogów i kryteriów udzielenia zamówienia, które nie podlegają negocjacjom.

Ułatwieniem w stosowaniu trybów negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i partnerstwa innowacyjnego będzie uporządkowanie przepisów i rezygnacja z szeregu nieczytelnych odesłań. Proponuje się zatem wprowadzenie możliwie kompleksowych regulacji w ramach procedur charakteryzujących poszczególne tryby udzielania zamówień. Rozwiązanie to ułatwi zamawiającym sprawne procedowanie w ramach określonego trybu.

Proponuje się rezygnację z zamieszczania w zaproszeniu do składania ofert (tak jak to ma miejsce aktualnie we wszystkich ww. trybach) informacji na temat wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia. Kwalifikacja podmiotowa jest dokonywana na wcześniejszym etapie postępowania i informacje potrzebne do kwalifikacji są i powinny być wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu, ewentualnie w dokumencie, który będzie zamieszczany równolegle z ogłoszeniem. Konieczne jest również doprecyzowanie momentu, w którym powinno nastąpić ostateczne określenie wag poszczególnych kryteriów oceny ofert. Zapobiegnie to sytuacji, w której zamawiający, po złożeniu przez wykonawców ofert „ostatecznych”, wskazuje poszczególne wagi w zakresie wybranych kryteriów w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 65 dyrektywy klasycznej, jeżeli liczba kandydatów jest mniejsza od minimalnej – od decyzji zamawiającego zależy, czy zakończy postępowanie czy też będzie je kontynuować. Zasadnym jest wprowadzenie tego rozwiązania do prawa polskiego, by zapewnić większą elastyczność stosowania przedmiotowych przepisów przez zamawiających.

- **Negocjacje z ogłoszeniem**

Zwiększenie możliwości korzystania przez zamawiających klasycznych z procedur negocjacyjnych, w tym w szczególności z trybu negocjacji z ogłoszeniem, było jednym z założeń reformy unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. Jak wskazano w motywie 42 preambuły dyrektywy klasycznej, bardzo istotne jest, by instytucje zamawiające miały większą elastyczność, jeśli chodzi o wybór procedury udzielania zamówień zakładającej możliwość negocjacji. W ocenie unijnego prawodawcy państwa członkowskie powinny mieć możliwość, by przewidzieć stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami (lub dialogu konkurencyjnego) w różnych sytuacjach, w których procedura otwarta lub ograniczona bez negocjacji prawdopodobnie nie przyniosą zadowalających wyników.

W świetle powyższego wysoce wskazane jest, by nowa regulacja krajowa w dziedzinie zamówień publicznych w pełni przenosiła na grunt prawa polskiego możliwości stosowania przez zamawiających procedury negocjacyjnej z ogłoszeniem wynikające z przepisów prawa unijnego.

Ustawa Pzp w aktualnie obowiązującym brzmieniu, przewiduje stosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem w przypadku, gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. ze względu na niezgodność z ustawą, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. treść ofert nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tej niezgodności nie można było usunąć w trybie poprawiania omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. oferty zawierały rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lub art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. zostały złożone przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, tj. w przypadku gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i której nie mógł zwiększyć do ceny najkorzystniejszej oferty. Tym samym polskie przepisy w aktualnie obowiązującym brzmieniu nie uwzględniają ani ofert, które zostały otrzymane z opóźnieniem (zob. art. 84 ust. 2 ustawy), ani odrzucenia ofert w przypadku gdy istnieją dowody na zмовę lub korupcję (por. art. 89 ust. 1 pkt 3

ustawy, który przewiduje odrzucenie oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Dodatkowo ustawa, w odróżnieniu od dyrektywy 2014/24/UE, wymaga, by pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Ponadto ustawa w art. 55 ust. 1 pkt 5 Pzp przewiduje możliwość stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż wartości progowe stosowania dyrektywy 2014/24/UE. Uzasadnione jest utrzymanie tego rozwiązania w nowym Prawie zamówień publicznych.

Porównanie przepisów dyrektywy 2014/24/UE z aktualnie obowiązującą ustawą prowadzi do wniosku, że pożądane jest bardziej wierne odzwierciedlenie w przepisach Prawa zamówień publicznych możliwości stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem przewidzianych dyrektywą 2014/24/UE. Punktem wyjścia powinno być zatem obowiązujące brzmienie art. 55 ust. 1 ustawy z następującymi modyfikacjami:

- rozszerzenie katalogu przypadków uprawniających do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem do wszystkich przypadków odrzucenia ofert w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego;
- rezygnacja z wymogu, by pierwotne warunki zamówienia z prowadzonego uprzednio postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego nie zostały w istotny sposób zmienione w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Jako że na gruncie prawa unijnego przesłanki stosowania negocjacji z ogłoszeniem (zgodnie z terminologią dyrektywy: procedury konkurencyjnej z negocjacjami) i dialogu konkurencyjnego są jednakowe, powyższe uwagi zachowują aktualność również w odniesieniu do przesłanek stosowania trybu dialogu konkurencyjnego.

Ponadto celem uelastycznienia ww. trybu i zachęcenia zamawiających do jego stosowania proponuje się ukształtowanie przepisów dotyczących istoty negocjacji na wzór dyrektyw, tj. negocjowania ofert w celu ulepszenia ich treści. Obowiązujące przepisy dają jedynie możliwość doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy, z zachowaniem wymogów minimalnych sformułowanych przez zamawiającego i kryteriów udzielenia zamówienia. Proponowana zmiana lepiej oddaje istotę i cel negocjacji. Negocjacji nie będą mogły podlegać minimalne wymagania oraz kryteria oceny ofert.

Jednocześnie uzasadnione jest wprowadzenie przejrzystych regulacji dotyczących przekazywania przez zamawiającego podczas negocjacji z wykonawcami, których oferty zostały zakwalifikowane do kolejnego etapu negocjacji, informacji o wszelkich zmianach w dokumentach zamówienia, w szczególności w zakresie określenia przedmiotu zamówienia. Konieczne jest również wprowadzenie przepisów zapewniających wykonawcom odpowiedni czas na zmodyfikowanie i złożenie zmienionych ofert. Uzasadnione jest również wprowadzenie regulacji, z których będzie wynikać, że zamawiający powinien po zakończeniu negocjacji poinformować o tym fakcie wykonawców, którzy pozostali w postępowaniu oraz wyznaczyć termin składania ostatecznych, poprawionych ofert.

• Partnerstwo innowacyjne

Ponieważ tryb ten jest ukształtowany na bazie negocjacji z ogłoszeniem, zasadniczo postulaty zmian dotyczące trybu negocjacji z ogłoszeniem odnoszą się również do partnerstwa innowacyjnego.

Celem ułatwienia stosowania partnerstwa innowacyjnego i zachęcenia do stosowania tego trybu, proponuje się poszerzenie i doprecyzowanie definicji partnerstwa innowacyjnego, tak aby zastosowanie tego trybu było możliwe w jak największej ilości przypadków.

W celu zachęcenia wykonawców - szczególnie z sektora MŚP - do udziału w postępowaniach, których przedmiotem jest nabycie innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej, proponuje się zniesienie zasady solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego za wykonanie umowy. Celem powyższej zmiany jest takie ukształtowanie odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy, żeby każdy z członków konsorcjum ponosił odpowiedzialność tylko za tę część umowy, którą rzeczywiście wykonuje. W takim przypadku wykonawca (konsorcjant) odpowiedzialny za fazę badawczo-rozwojową partnerstwa nie będzie ponosił odpowiedzialności za fazę wytworzenia, produkcji seryjnej itp., za którą odpowiedzialny będzie inny konsorcjant i odwrotnie.

Wskazana jest także rezygnacja z obowiązkowego zamieszczania w ogłoszeniu oraz w dokumentach zamówienia elementów opisu przedmiotu zamówienia na rzecz zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane i opisu minimalnych wymogów, jakie muszą spełniać oferty. Aktualnie uczestnicy rynku wskazują na trudności z określaniem elementów opisu przedmiotu w sytuacji, kiedy dopiero na etapie realizacji partnerstwa kształtowane są rozwiązania spełniające zapotrzebowanie zamawiającego.

Założeniem partnerstwa innowacyjnego jest poszukiwanie nowych rozwiązań, nie jest zatem celowe dokonywanie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Rozwiązanie to wyeliminuje wątpliwości dotyczące zasad opisu przedmiotu zamówienia aktualnie zawartych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz sposobu opisu zamówienia na roboty budowlane (obecnie art. 31 ustawy Pzp).

Proponuje się wprowadzenie regulacji umożliwiających przyznawanie wykonawcom - na etapie negocjacji – nagród za przedstawione propozycje innowacyjnych rozwiązań, co zachęci wykonawców do uczestniczenia w wypracowywaniu innowacyjnych rozwiązań w postępowaniach prowadzonych przez zamawiających.

Ponadto uzasadnione jest wprowadzenie regulacji, które pozwolą zamawiającemu na elastyczny wybór i nabycie oferowanego przez partnerów produktu, usługi czy robót budowlanych w sytuacji, w której kilku partnerów udało się zakwalifikować do etapu produktu finalnego. Przepisy powinny zapewniać wybór produktu zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania, ale jednocześnie nie powinny nadmiernie formalizować tego etapu postępowania.

Proponuje się wprowadzenie odrębnej regulacji dotyczącej prawa opcji w trybie partnerstwa innowacyjnego. Przepis powinien uwzględniać specyfikę tych postępowań, polegającą na zamawianiu produktów, usług, robót budowlanych, które nie istnieją na rynku, czego konsekwencją jest brak możliwości przewidzenia finalnego efektu realizacji zamówienia. Regulacja powinna umożliwić zamawiającemu nabycie przedmiotu zamówienia w podstawowej, niewielkiej ilości, ale także dawać możliwość nabycia przedmiotu zamówienia w zakresie znacznie większym, niż ilość podstawowa. Rozwiązanie to ograniczy ryzyko zamawiającego wynikające z faktu zobowiązania się do nabycia przedmiotu zamówienia, który w czasie organizowania postępowania nie istnieje, i tym samym przyczynić się powinno do większego zainteresowania zamawiających tym trybem postępowania. Będzie miało również pozytywne skutki dla wykonawców, polegające na możliwości zwiększenia ilości przedmiotu zamówienia ponad podstawowy zakres.

• Dialog konkurencyjny

Proponuje się, zgodnie z dyrektywami klasyczną i sektorową, wyraźne określenie celu dialogu, tj. ustalenie i sprecyzowanie środków, które najlepiej zaspokoją potrzeby zamawiającego. Uzasadnione jest wprowadzenie zmian służących uelastycznieniu tego trybu na etapie oceny ofert. Proponuje się wprowadzenie możliwości nie tylko sprecyzowania i dopracowania treści ofert, ale również ich optymalizacji na wniosek zamawiającego. Wyjaśnienie, uszczegółowienie, optymalizacja nie będą mogły prowadzić do zmiany istotnych elementów oferty lub zamówienia publicznego określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, jeżeli zmiany takich elementów oferty, potrzeb i wymogów z dużym prawdopodobieństwem spowodowałyby zakłócenie konkurencji lub prowadziłyby do dyskryminacji. Rozwiązanie to przyczyni się do wyboru optymalnego, innowacyjnego rozwiązania z punktu widzenia potrzeb zamawiającego.

• Negocjacje bez ogłoszenia

Z uwagi na to, że w trybie negocjacji bez ogłoszenia brak jest ogłoszenia o zamówieniu, proponuje się, aby już w zaproszeniu do negocjacji wskazać wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Uporządkowania wymaga kwestia związana z potwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w tym trybie. Obecnie zarówno art. 68 ust. 2 jak i art. 25a ust. 4 Pzp, wskazują na obowiązek złożenia oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Na gruncie prawa unijnego jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ) musi towarzyszyć ofertom w procedurze otwartej i wnioskowi o dopuszczenie do udziału w procedurach ograniczonej, konkurencyjnej z negocjacjami, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym. Sytuacja jest bardziej złożona w odniesieniu do procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji przewidzianych w art. 32 dyrektywy klasycznej i art. 50 dyrektywy sektorowej. Wymaganie JEDZ stanowi zbędne obciążenie administracyjne lub jest nieodpowiednie w sytuacji, gdy:

- możliwy jest udział tylko jednego, z góry ustalonego wykonawcy,
- występuje pilna konieczność dokonania zamówienia,
- dotyczy to dostawy towarów notowanych i kupowanych na rynku towarowym.

JEDZ spełnia swoją funkcję i powinien być wymagany w pozostałych przypadkach, w których możliwy jest udział więcej niż jednego wykonawcy, nie występuje pilna konieczność ani określone cechy związane z transakcją. Uzasadnione wydaje się także doprecyzowanie, czy określony w art. 29 ust. 3a Pzp wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, ma także zastosowanie do tego trybu w sytuacji, gdy zamawiający prowadzi negocjacje z jednym wykonawcą. Aktualnie problematyczna jest kwestia możliwości odstąpienia od wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, jeżeli w toku negocjacji w ramach trybu z wolnej ręki wykonawca zgłasza, że wskazane czynności w jego ocenie nie mają charakteru stosunku pracy i nie wyraża zgody na taki warunek umowny, a jest to jedyny wykonawca zdolny do wykonania zamówienia.

• Zamówienie z wolnej ręki

Regulacja trybu z wolnej ręki zostanie zasadniczo utrzymana w tym samym kształcie. Doprecyzowane zostaną przepisy dotyczące udzielania zamówień typu in-house.

6) Zamówienia o wartości poniżej progów UE – procedura uproszczona

Proponuje się wprowadzenie procedury uproszczonej dla zamówień o wartości poniżej progów UE. Procedura uproszczona, gwarantując realizację celów systemu zamówień publicznych, powinna zarazem zapewniać zamawiającym odpowiednią elastyczność umożliwiającą optymalną organizację procesu udzielania zamówienia publicznego. Ponadto planuje się umożliwienie zamawiającym wykorzystania narzędzi, które sprzyjają dialogowi z wykonawcami w celu pozyskania jak najlepszych rozwiązań dotyczących konkretnego zamówienia.

W świetle komunikatu wyjaśniającego Komisji Europejskiej dotyczącego zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych⁴ oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, stosowanie przywołanych wyżej zasad oznacza, że do udzielania zamówień o wartości nieprzekraczającej progów stosowania dyrektyw zastosowanie znajdują następujące reguły:

- obowiązek uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu (przy zachowaniu wyjątków),
- uczciwa i bezstronna procedura udzielenia zamówienia, niedyskryminujący opis przedmiotu zamówienia,
- obowiązek zapewnienia równego dostępu wykonawcom z innych państw członkowskich, wzajemne uznawanie, odpowiednie terminy, przejrzyste i obiektywne podejście, ograniczanie liczby wykonawców jedynie w oparciu o obiektywne kryteria, prowadzenie negocjacji w sposób równy i niedyskryminujący.

Propozycja dotycząca regulacji procedury uproszczonej uwzględni powyższe zasady.

1) Zasady udzielania zamówień publicznych

Do udzielania zamówień o wartości niższej niż progi UE zastosowanie będą miały zasady:

- uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- proporcjonalności,
- przejrzystości,
- jawności,
- efektywności.

Ponadto czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonywane powinny być przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nową zasadą będzie zasada efektywności, a w przypadku etapu realizacji zamówienia zasada współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia.

⁴ Dz. Urz. UE nr C 179 z 1.8.2006, str. 2.

2) Przygotowanie postępowania

W regulacji dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia należy uwzględnić możliwość dokonania opisu przedmiotu zamówienia na zasadzie opisu technicznego. Wyraźnie wyodrębniona powinna zostać jednak możliwość dokonania również opisu funkcjonalnego.

Zamawiający będzie mógł opisać przedmiot zamówienia:

- przede wszystkim przez wskazanie oczekiwanego efektu – tj. przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności oferowanego świadczenia, pod warunkiem że podane parametry będą dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia,
- przez odniesienie się do norm – tj. przez odniesienie się do określonych norm lub specyfikacji technicznych, systemów referencji technicznych, w tym dotyczących wydajności i funkcjonalności, o ile zamawiający ustali, że określone normy odnoszą się do przedmiotu zamówienia.

W przypadku gdy zamawiający wskaże, że zamierza przeprowadzić negocjacje, powinien wskazać jakie minimalne wymogi mają spełnić oferty.

Przedmiotu zamówienia nie będzie można opisywać w sposób, który mógłby naruszać zasady równego traktowania, konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności.

Przedmiotu zamówienia nie będzie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń jest znacznie utrudnione, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem.

Zamawiający będzie zobowiązany do określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy.

3) Ogłoszenie o zamówieniu i kształt procedury udzielenia zamówienia

Zamawiający w każdym postępowaniu wszczynanym ogłoszeniem będzie mógł określić, czy w odpowiedzi na zamieszczone w BZP (patrz pkt IV. 2.1. c koncepcji) ogłoszenie o zamówieniu:

- każdy zainteresowany wykonawca może złożyć ofertę,
- każdy wykonawca może złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zaś oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez zamawiającego do składania ofert,

-
- każdy wykonawca może złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w negocjacjach, w których uczestniczyć mogą tylko wykonawcy zaproszeni przez zamawiającego.

Określenie przedmiotu zamówienia będzie musiało być wystarczająco precyzyjne, by umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia.

W sytuacjach gdy nie ma możliwości pozyskania wykonawcy w postępowaniu otwartym, zamawiający ze względu na wyjątkowe okoliczności, takie jak możliwość wykonania danego zamówienia tylko przez jednego wykonawcę będzie mógł udzielić zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia. Przesłanki zastosowania takiego rozwiązania będą analogiczne do obecnie obowiązujących przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki. Podobnie pozostawiona zostanie możliwość przeprowadzenia negocjacji bez ogłoszenia w przypadku zaistnienia przesłanek analogicznych do wskazanych w obowiązującej ustawie Pzp.

Zamawiający będzie mógł również zastosować tryb partnerstwa innowacyjnego przewidziany dla zamówień o wartości równej lub wyższej niż progi UE, w przypadku zamówień dotyczących innowacyjnych produktów, usług i robót budowlanych.

4) Możliwość negocjacji

Wprowadzenie możliwości zastosowania negocjacji służy realizacji celu nowego Prawa zamówień publicznych, jakim jest zwiększenie roli dialogu zamawiającego z wykonawcami oraz maksymalne odformalizowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego.

Dlatego w przypadku zamówień o wartości niższej niż progi UE proponuje się, aby w przypadku gdy zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość prowadzenia negocjacji, w ich toku będzie możliwe doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia.

Konieczne będzie zapewnienie przez zamawiającego równego traktowania wszystkich wykonawców oraz równego dostępu do informacji.

5) Komunikacja

W celu zapewnienia efektywnej komunikacji między zamawiającym a wykonawcami przewiduje się wprowadzenie możliwości przekazywania informacji także ustnie, w tym telefonicznie, jeżeli nie dotyczą istotnych elementów postępowania oraz ich treść zostanie odpowiednio utrwalona na trwałym nośniku.

6) Terminy

Terminy będą wyznaczane przez zamawiających z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu na przygotowanie ofert, przy zachowaniu ustawowych terminów minimalnych, które będą obowiązywały w procedurze uproszczonej.

7) Kwalifikacja podmiotowa

Proponuje się pozostawienie zamawiającym możliwości stawiania wymagań co do warunków przewidzianych w procedurze właściwej dla zamówień o wartości równej lub powyżej progów UE. Zamawiający będzie decydował, które z warunków udziału będą miały zastosowanie

w konkretnym, prowadzonym przez niego postępowaniu. W kwestii wykluczenia, w związku z istotnymi zmianami planowanymi w procedurach, do których mają zastosowanie dyrektywy, m.in. w zakresie ograniczenia przesłanek obligatoryjnych na wzór regulacji dyrektyw, wprowadzone zostaną regulacje analogiczne jak w postępowaniach o wartości równej lub wyższej od progów unijnych, z tym że brak będzie obowiązku żądania dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

8) Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków i braku podstaw wykluczenia

W procedurze uproszczonej proponuje się, aby wykonawcy składali jedynie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia. Dokumenty powinny być wymagane jedynie w przypadku wykonawcy, który złożył najwyższą ocenioną ofertę i tylko wtedy, gdy zamawiający będzie żądał takich dokumentów. Uzupełnianie dokumentów i oświadczeń będzie możliwe tylko w przypadku wykonawcy o najwyższej ocenionej ofercie.

9) Badanie ofert

W zakresie badania ofert proponuje się wprowadzenie zasady, zgodnie z którą zamawiający będzie wybierał ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia zamawiającego, tj. określoną na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem pojęcia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia. Może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia.

Zasadniczo w zakresie zamówień o wartości niższej niż progi UE zostanie utrzymana zasada ograniczająca stosowanie ceny jako jedynego kryterium oceny lub kryterium o wadze przekraczającej 60%. Zamawiający będą mogli stosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeśli w opisie przedmiotu zamówienia uwzględnią parametry o istotnym znaczeniu dla zapewnienia odpowiedniej jakości zamawianego produktu, usługi czy roboty budowlanej. Ponieważ celem jest odformalizowanie procedury poniżej progów UE nie przewiduje się konieczności wykazywania w protokole, w jaki sposób uwzględnione zostały koszty cyklu życia. Rozwiązanie to może przyczynić się do uwzględniania przez zamawiających wymagań jakościowych w opisie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji do wzrostu jakości zamawianych produktów i usług. Jednocześnie może ograniczyć konstruowanie kryteriów pozacenowych, które służą wyłącznie formalnemu spełnieniu wymogu, a nie otrzymaniu produktów wysokiej jakości, o cechach pożądanых przez zamawiającego.

10) Negocjacje dotyczące oferty

Jedną z możliwości przewidzianych w procedurze uproszczonej będzie negocjowanie oferty w celu ulepszenia jej treści. Nie może to prowadzić do zmiany minimalnych wymogów oraz kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

11) Obowiązki dokumentacyjne

Protokół z postępowania po wdrożeniu pełnej elektronizacji, podobnie jak w zamówieniach powyżej progów unijnych, będzie tworzony automatycznie w wersji elektronicznej w oparciu o dane znajdujące się na platformie.

12) Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia ma na celu realizację zasady jawności postępowania i powinno zawierać podstawowe informacje dotyczące wybranej oferty. Przewiduje się obowiązek publikacji ogłoszenia nie później niż 30 dni od zawarcia umowy.

13) Środki ochrony prawnej

Wskazane jest zapewnienie możliwości złożenia odwołania dotyczącego każdej czynności zamawiającego w postępowaniu analogicznie jak w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi UE.

14) Likwidacja wyłączeń

Z uwagi na wprowadzenie uproszczonej procedury dla zamówień o wartości niższej niż progi UE, proponuje się likwidację wyłączeń od stosowania Pzp dotyczących zamówień o wartości poniżej progów UE (m.in. art. 4 d Pzp). Likwidacja wyłączeń zapewni stosowanie jednolitej regulacji dla zamówień o wartości niższej niż progi UE. Należy zauważyć, że z przekazanych sprawozdań o udzielonych zamówieniach wynika, że w roku 2017 na podstawie wyłączeń obowiązku stosowania Pzp określonych w art. 4, art. 4b, art. 4d oraz art. 136-138 udzielono zamówień na kwotę ok. 71,4 mld zł (w roku 2016 – 66,9 mld zł, w 2015 – 88,0 mld zł; w 2014 – 97,2 mld zł a w roku 2013 – 74,7 mld zł). 37,1 mld zł z tej kwoty (w roku 2016 – 34,2 mld zł, w 2015 – 31,2 mld zł; w 2014 – 28,3 mld zł a w roku 2013 – 23,8 mld zł) wydatkowano na zamówienia, których wartość nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości najniższego progu ustawowego (30 tys. euro). Stanowi to znaczącą wartość w odniesieniu do całkowitej wartości rynku zamówień publicznych, której przybliżona wartość w roku 2017 szacowana jest na 234,6 mld zł. Około 1/3 zamówień udzielanych jest zatem bez zastosowania ustawy Pzp. Likwidacja wyłączeń dotyczących zamówień o wartości niższej niż progi UE oraz ewentualne obniżenie progu stosowania ustawy z 30 do 14 tys euro ograniczy wydatkowanie środków publicznych poza ustawą Pzp zwiększając tym samym transparentność systemu zamówień publicznych.

7. Oferty

1) Kryteria oceny ofert

Zgodnie z zasadą efektywności, wskazane jest upowszechnianie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Zachowana zostanie zatem regulacja wprowadzona zmianą ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r., zgodnie z którą kryterium ceny może mieć wagę (znaczenie) wyższą od 60%, jeżeli zostaną określone w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz zamawiający wykaże w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Wprowadzenie tej regulacji spowodowało wzrost

wykorzystania pozacenowych kryteriów oceny ofert. Ponadto ustawa zachowa brzmienie dotychczasowych przepisów dotyczących stosowania kosztu cyklu życia produktu jako kryterium oceny ofert, w miejsce kryterium ceny. Koszt w całym cyklu życia przedmiotu zamówienia obejmuje koszt nabycia, czyli cenę, ale także koszty użytkowania, remontów, usuwania, recyklingu itp. Zamawiający będzie mógł określić, że dokonując oceny ofert bierze pod uwagę wszystkie lub niektóre elementy kosztu cyklu życia przedmiotu zamówienia.

2) Najkorzystniejsza oferta

Proponuje się zasadniczo pozostawienie bez zmian regulacji dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie badania ofert, w szczególności badania rażąco niskiej ceny, przesłanek odrzucenia oferty czy poprawy omyłek zawartych w ofercie.

Doprecyzowana zostanie definicja najkorzystniejszej oferty zgodnie z jej kształtem w Dyrektywach 2014/24/UE oraz 2014/25/UE.

3) Dokumenty

Uporządkowania wymaga również regulacja dotycząca dokumentów i oświadczeń, jakich zamawiający może wymagać od wykonawcy na potwierdzenie tego, że oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Konieczne jest dokonanie wyraźnego rozróżnienia co stanowi treść oferty, a co dokument przedmiotowy podlegający uzupełnieniu. Powyższe będzie miało również znaczenie dla jednoznacznego określenia dokumentów ocenianych przez zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert. Doregulowania w tym zakresie wymaga również kwestia żądania i oceny przez zamawiającego próbek.

4) Uporządkowanie regulacji dotyczących terminu związania ofertą

Termin związania ofertą jest pojęciem cywilnoprawnym, które nie zostało zdefiniowane w Pzp. Ustawa Pzp zawiera natomiast szczególne regulacje dotyczące terminu związania ofertą, które modyfikują ogólne rozwiązania znane z kodeksu cywilnego pod kątem specyfiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Złożoność tych rozwiązań, a także skutki prawne, jakie dla ważności oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne powoduje upływ terminu związania ofertą, przyczyniają się do wystąpienia stanu niepewności po stronie zamawiającego i wykonawcy. Potwierdza to znaczna liczba środków ochrony prawnej składanych do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności lub zaniechania w postępowaniu o zamówienie publiczne dotyczące terminu związania ofertą. Orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych, jak też doktryna, nie wypracowały do dzisiaj jednolitego stanowiska w zakresie skutków prawnych upływu terminu związania ofertą czy zaniechania zamawiającego w zakresie jego przedłużenia (*vide* np. wyrok KIO z dnia 7 marca 2017 r. sygn. akt KIO 324/17 w porównaniu do wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 21 września 2012 r. w sprawie o sygn. XIII GA 379/12). Z terminem związania ofertą powiązana jest również instytucja wadium, także mająca genezę w prawie cywilnym, do której ustawa Pzp wprowadziła szczególne regulacje.

Obecne brzmienie przepisów dotyczących terminu związania ofertą, w szczególności w aspekcie skutków prawnych, jakie dla wykonawcy rodzi upływ tego terminu, budzi wątpliwości uczestników postępowania o zamówienie publiczne. Podobnie niepewność prawną może budzić obecne brzmienie przepisów dotyczących relacji terminu związania

ofertą i wadium. Obowiązująca norma stanowi, że związanie ofertą przez wykonawcę nie jest skuteczne, jeśli nie towarzyszy jej wniesienie przez wykonawcę wadium na tożsamy okres związania ofertą (w postępowaniach, w których występuje instytucja wadium). W praktyce powstają też wątpliwości, co do skutku odrzucenia oferty w wyniku nieprzedłużenia terminu związania ofertą samoczynnie czy na skutek wezwania zamawiającego. Odczytanie tych norm wymaga odwołania się łącznie do kilku przepisów ustawy dotyczących terminu związania ofertą, wadium i przesłanek odrzucenia oferty.

Proponuje się ucytelnienie tych regulacji poprzez jednoznaczne wskazanie, że wadium wnosi się na okres tożsamy z terminem związania ofertą, ponadto przez cały okres związania ofertą winna być ona zabezpieczona wadium. Przedłużenie terminu związania ofertą jest zaś nieskuteczne bez wniesienia nowego wadium na przedłużony termin związania lub przedłużenia ważności wadium. Skutek w postaci odrzucenia oferty powinien zaś być jednakowy dla każdej z sytuacji – kiedy termin upływa samoczynnie, jak i na skutek braku odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Obecna regulacja ustawy Pzp przewiduje maksymalne terminy związania ofertą, których długość uzależniono od wartości zamówienia – odpowiednio 30/60/90 dni. Terminy te w aktualnym stanie prawnym mogą być jednokrotnie, fakultatywnie przedłużane przez zamawiającego o liczbę dni nieprzekraczającą liczby maksymalnej (obecnie 60 dni), jeśli tylko zamawiający wystąpi do wykonawców o ich przedłużenie, a wykonawcy wyrażą zgodę.

Proponuje się pozostawić obecną regulację ustawy w zakresie maksymalnych pierwotnych terminów związania ofertą. Jednocześnie mając na uwadze cel prowadzenia postępowania, tj. wybór wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne, proponuje się także, aby zamawiający był zobowiązany (a nie tylko uprawniony jak wynika to z obecnego stanu prawnego) do wezwania wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, jednokrotnie o liczbę dni nieprzekraczającą 60 dni. Przedłużenie terminu związania ofertą następowałoby poprzez jednoznaczne złożenie oświadczenia woli wykonawcy, w którym wyrażałby on wolę przedłużenia tego terminu wraz z przedłużeniem ważności wadium lub wniesieniem nowego na przedłużony okres związania ofertą. Każde inne zachowanie wykonawcy (np. oświadczenie woli o odmowie wyrażenia zgody lub milczenie wykonawcy) oznaczałoby brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Skutki odmowy wyrażenia zgody (przez co należy rozumieć każde zachowanie wykonawcy inne niż przekazanie jednoznacznego w swojej treści wyrażenia zgody na przedłużenie terminu wraz z przedłużeniem ważności wadium lub wniesieniem nowego na przedłużony okres związania ofertą) w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego powinny być analogiczne jak w obecnym stanie faktycznym, tj. powinny sprowadzać się do odrzucenia oferty wykonawcy, a nie powinny powodować utraty wadium.

Ponadto proponuje się pozostawienie wykonawcom możliwości przedłużania terminu związania ofertą samodzielnie w każdej chwili, bez odrębnego wezwania zamawiającego, o dowolną liczbę dni.

5) Obowiązek dokonania wyboru oferty przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą

Mając na względzie konieczność zapewnienia bardziej efektywnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego proponuje się, aby zamawiający dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej w pierwotnym terminie związania ofertą (w zależności od wartości zamówienia 30/60/90 dni). Rozwiązanie to miałoby zastosowanie

do trybów podstawowych, które są najczęściej stosowane przez zamawiających, gdzie zamawiający nie prowadzi negocjacji z wykonawcą dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia. W myśl tego rozwiązania postuluje się, aby wykonawcy przysługiwało roszczenie do zamawiającego o zwrot kosztów związanych z przedłużeniem ważności wadium lub jego ponownym wniesieniem na przedłużony okres związania ofertą (poza okres 30/60/90 dni). Roszczenie takie przysługiwałoby w dwóch przypadkach: w sytuacji przedłużenia terminu związania ofertą przez zamawiającego o termin wynikający z jednokrotnego wezwania o przedłużenie tego terminu, oraz w sytuacji samodzielnego przedłużenia tego terminu przez wykonawcę, jeśli zamawiający nie wypełni ciążącego na nim obowiązku wezwania do przedłużenia terminu w obliczu upływającego terminu podstawowego. Rozwiązanie takie, po pierwsze, wpłynie na sprawność działań zamawiających, po drugie, wychodzi naprzeciw wykonawcom biorącym udział w postępowaniu (w szczególności z sektora MŚP), dla których ograniczona aktywność zamawiającego w rozstrzygnięciu postępowania (i konieczność przedłużania terminu związania ofertą i co za tym idzie ważności wadium) bywa zbyt kosztowna i zniechęca do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Ponadto konieczne jest zaimplementowanie do ustawy reguły znanej na gruncie doktryny i orzecnictwa, tj. aby upływ terminu związania ofertą po wyborze oferty jako najkorzystniejszej nie powodował automatycznego odrzucenia takiej oferty. Oddali to ryzyko wzrostu liczby postępowań kończących się unieważnieniem oraz umożliwi podpisanie umowy obu stronom stosunku zobowiązaniowego jeśli wyrażają taką wolę.

8. Umowa w sprawie zamówienia publicznego

1) Pozycja stron umowy o zamówienie publiczne

Umowa w sprawie zamówienia publicznego na gruncie prawa polskiego uznawana jest za umowę cywilnoprawną, o czym świadczy, m.in. jej dwustronnie zobowiązujący charakter czy też odesłanie do stosowania w kwestiach nieuregulowanych w umowie do przepisów kodeksu cywilnego. Jednak procedura zawarcia umowy ogranicza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia oraz wybierając wykonawcę musi uwzględniać zasady uczciwej konkurencji oraz równy dostęp wykonawców do zamówienia. Z drugiej strony wykonawcy przystępując do postępowania o udzielanie zamówienia publicznego mają ograniczony wpływ na kształtowanie treści umowy. Zamawiający narzuca wzorzec umowy w przygotowanej dokumentacji postępowania. Wykonawcy mogą wносить o zmianę postanowień umownych, jednak z obserwowanej praktyki wynika, że rzadko spotyka się to z akceptacją zamawiających. Wykonawcy dysponują również ograniczoną możliwością kwestionowania postanowień umownych na drodze odwoławczej. Znaczna część orzecnictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazywała, że obowiązujące przepisy nie zawierają podstawy prawnej pozwalającej na zaskarżenie kwestionowanych przez wykonawców postanowień umownych.

Jednostronne kształtowanie postanowień umownych przez zamawiających ma niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych oraz konkurencyjność. Określanie przez zamawiających restrykcyjnych i często nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny. Podobnie jest w przypadku postanowień umownych, które przerzucają odpowiedzialność za większość ryzyk na wykonawców. Postanowienia umowne tego typu w założeniu mają doprowadzić do zabezpieczenia przed nienależytym

wykonaniem zamówienia przez wykonawcę. W praktyce jednak prowadzą do podniesienia ceny realizowanego zamówienia, ponieważ racjonalni wykonawcy uwzględniają ryzyko zapłaty kary umownej oraz inne ryzyka w oferowanej cenie.

Zmiana zaistniałej sytuacji wymaga interwencji legislacyjnej w kierunku większego zrównoważenia pozycji stron kontraktu oraz bardziej partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne.

a. Zasady kształtowania wzorców umów w sprawie zamówienia publicznego oraz klauzule abuzywne

Proponowane jest, aby tak jak obecnie do umów w sprawie zamówienia publicznego miały zastosowanie w kwestiach nieuregulowanych przepisy kodeksu cywilnego. Dla wzmocnienia powyższej zasady oraz wyeliminowania wyżej opisanych zjawisk negatywnych, proponowane jest wprowadzenie ogólnej zasady kształtowania wzorców umów w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z którą postanowienia umowy powinny kształtować prawa i obowiązki stron zgodnie z zasadą proporcjonalności. Dzięki temu zamawiający otrzymają jasno wyrażoną dyrektywę, aby wzorce umowne kształtować w sposób proporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. W celu zapewnienia skuteczności regulacji dotyczącej proporcjonalnego kształtowania wzorców umownych proponowane jest wprowadzenie także otwartego katalogu klauzul abuzywnych, który będzie zawierał postanowienia szczególnie negatywnie oddziałujące na uczestników rynku zamówień publicznych. Proponuje się, aby za niedozwolone postanowienia umowne uznać w szczególności:

- naliczanie kar umownych za opóźnienie, jeżeli opóźnienie wynika z winy zamawiającego,
- postanowienia wprowadzające nieproporcjonalnie wysokie kary umowne w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia,
- postanowienia przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za wykonanie świadczeń, które nie były możliwe do przewidzenia.

Ostateczne brzmienie katalogu klauzul abuzywnych powinno zostać ukształtowane w toku konsultacji z uczestnikami rynku zamówień publicznych, tak aby w jak największym stopniu przyczyniał się on do eliminowania nieprawidłowych postanowień umownych. Katalog powinien mieć charakter otwarty, aby praktyka obrotu gospodarczego oraz orzecznictwa mogła w miarę potrzeby formułować kolejne przykłady niedozwolonych postanowień umownych.

b. Potwierdzenie możliwości zaskarżenia postanowień umownych

W celu zrównoważenia pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego proponowane jest również wyraźne wskazanie w przepisach prawa możliwości zaskarżenia postanowień umownych niezgodnych z prawem lub zasadą proporcjonalności. Możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej w tego typu sprawach bywa kwestionowana przez część orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, co uzasadnia konieczność jednoznacznego przesądzenia tej kwestii w nowej regulacji (*vide* także pkt IV. 14.3. a koncepcji).

c. Zwiększenie roli dialogu między zamawiającym a wykonawcą

Do wzmocnienia partnerskiego podejścia stron do kształtowania wzorca umowy w sprawie zamówienia publicznego powinno przyczynić się również rozszerzenie stosowania trybów negocjacyjnych oraz wykorzystywania instytucji wstępnych konsultacji rynkowych.

Narzędzia te pozwolą stronom na przedyskutowanie treści umowy już na etapie jej przygotowania. Rozmowy i negocjacje stron na etapie kształtowania wzorców umownych umożliwią stronom znalezienie kompromisu, co przyczyni się z jednej strony do ograniczenia sporów odwoławczych przed KIO dotyczących treści SIWZ, a z drugiej zaś do minimalizacji konfliktów na etapie realizacji zamówienia.

2) Kształt umów

a. Postanowienia obowiązkowe umów w sprawie zamówienia publicznego

Proponowane jest zachowanie dotychczasowych regulacji dotyczących okresu, na jaki może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego oraz odstępstw od tej zasady. Jednocześnie proponowane jest wprowadzenie regulacji wskazującej obowiązkowe postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz dotyczących ich realizacji umów o podwykonawstwo. Obecne regulacje dotyczące w szczególności umów o podwykonawstwo związane są z interwencją mającą na celu wyeliminowanie problemów z płatnościami na rzecz podwykonawców, skutkujących upadłością wielu przedsiębiorstw. Wprowadzenie ww. regulacji spowodowało, że zabezpieczone zostały interesy podwykonawców, lecz brakuje regulacji, która chroniłaby wykonawców. Powoduje to, że wiele polskich firm, zwłaszcza z sektora MŚP, ze względu na sytuację ekonomiczną zmuszonych jest brać udział w realizacji zamówienia jedynie jako podwykonawcy. Stworzenie kompleksowej regulacji dotyczącej umów, która zapewni minimalne standardy, wpłynie korzystnie na sytuację wykonawców, uczyni zamawiających sektora publicznego bardziej przewidywalnymi, a tym samym zachęci wykonawców do większego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Wśród postanowień, które mogłyby zostać wskazane jako obowiązkowe elementy umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny znaleźć się m.in: postanowienia dotyczące zalecanego terminu wykonania umowy określonego w jednostkach czasu z wyłączeniem sytuacji, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywne uzasadnione np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE, płatności częściowych, klauzul waloryzacyjnych, gdy termin wykonania umowy jest dłuższy niż dwanaście miesięcy, czy obowiązku zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy o równowartość wzrostu danin publicznoprawnych nakładanych na wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy.

b. Sposób dochodzenia waloryzacji wysokości wynagrodzenia określonego w umowie

Proponowane jest również określenie w przepisach dotyczących umów w sprawie zamówienia publicznego sposobu waloryzacji umów. Obecna konstrukcja przedmiotowych przepisów powoduje bowiem, że niejednokrotnie brak jest w umowach postanowień dotyczących procedury waloryzacji. Wykonawcy mają więc utrudnioną drogę do dochodzenia waloryzacji wynagrodzenia określonego w umowie. Wskazane jest doprecyzowanie przepisów o obowiązek wskazania w umowie opisu sposobu dokonywania waloryzacji wysokości wynagrodzenia. W przypadku wprowadzenia takiego rozwiązania powinien zostać opracowany przykładowy wzór umowy, który wskazuje sposób dokonywania waloryzacji. Alternatywnym rozwiązaniem może być wprowadzenie odpowiednich przepisów w ustawie.

c. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

Planowane jest pozostawienie w kształcie podobnym do obecnych przepisów dotyczących uprawnień zamawiającego dotyczących wymagania zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

3) Zmiana, odstąpienie i unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego

a. Zmiana i odstąpienie od umowy

Poszerzenie katalogu przesłanek zmiany umowy zostało dokonane nowelizacją ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. implementującą postanowienia Dyrektyw 2014/24/UE oraz 2014/25/UE. Miało ono na celu zwiększenie elastyczności w zakresie zmiany umowy. Zasadne jest więc pozostawienie stronom w tym zakresie możliwej swobody przyczyniającej się do efektywniejszej realizacji zadań publicznych. Ograniczona jest ona przy tym koniecznością zapewnienia przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, której wyrazem jest zamknięty kształt katalogu przesłanek zmiany umowy.

Proponowane jest zasadnicze zachowanie kształtu regulacji dotyczących zmian umowy przy ewentualnym jej doprecyzowaniu, w szczególności w zakresie zmian podmiotowych oraz dostosowaniu do regulacji kodeksu cywilnego, a także rozszerzenia obowiązku publikacji zmian umowy.

Planowane jest również doprecyzowanie regulacji dotyczących odstąpienia od umowy.

b. Przesłanki unieważnienia umowy

Proponowane jest zasadnicze zachowanie obowiązującej regulacji dotyczącej przesłanek unieważnienia umowy oraz uporządkowanie przepisów w tym zakresie. Dodatkowo zasadne jest wprowadzenie nowej przesłanki dotyczącej unieważnienia umowy dotyczącej niezastosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Obecne przepisy nie zawierają wprost takiej przesłanki unieważnienia umowy, co jest ewidentną luką prawną. Ominięcie stosowania przepisów Pzp stanowi rażące naruszenie przepisów tej ustawy. Ze względu na wagę tego naruszenia, proponowane jest przyznanie legitymacji czynnej do wnoszenia o unieważnienie umowy każdemu podmiotowi, który ma w tym interes prawny.

Proponowane jest również ujednolicenie przepisów dotyczących okresu w jakim możliwe będzie wystąpienie z powództwem o unieważnienie umowy do 4 lat. Zasada pewności obrotu prawnego wymaga ujednolicenia kwestii wygaśnięcia uprawnienia do wystąpienia z powództwem o unieważnienie, niezależnie od przesłanek unieważnienia.

9. Zarządzanie procesem wykonania umowy oraz ewaluacja zamówienia

Z punktu widzenia ochrony interesu publicznego oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych równie ważna, a niejednokrotnie nawet ważniejsza od prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest realizacja umowy. Bez należytego nadzoru nad realizacją umowy, w wielu przypadkach niemożliwe jest osiągnięcie celu postępowania, a uszczerbku poniesionego przez podmiot publiczny nie wyrównuje następcze dochodzenie od wykonawcy kar umownych czy odszkodowania. Niezbędne jest więc zwiększenie roli monitorowania realizacji kontraktu przez zamawiającego, a także wprowadzenie obowiązku ewaluacji zamówienia, które w większym stopniu zmotywują zamawiających do dbania o należyłą realizację umów. Obecne regulacje zawarte w Pzp, jedynie w szacunkowy sposób dotyczą przedmiotowych kwestii.

1) Zasada współdziałania zamawiającego i wykonawcy na etapie realizacji umowy

Realizacja umowy nie jest zjawiskiem statycznym lecz dynamicznym i z wielu względów może być problematyczna. Trudności mogą powodować zaniedbania po stronie wykonawców, jak również brak współpracy ze strony zamawiających. Zdarzają się także czynniki niemożliwe do przewidzenia, które utrudniają wykonanie umowy. Zamawiający powinni dążyć do współdziałania z wykonawcami przy realizacji zamówienia. Niekorzystnym zjawiskiem jest sytuacja, w której dla stron umowy o zamówienie publiczne korzystniejszy jest spór sądowy niż realna współpraca w trakcie realizacji umowy.

Proponuje się zatem wskazanie wprost obowiązku współdziałania zamawiającego i wykonawcy w celu prawidłowej realizacji umowy. Praktyka funkcjonowania rynku zamówień publicznych pokazuje, że strony w wielu przypadkach nie mają świadomości swoich obowiązków w tym zakresie. Wprowadzenie ww. zasad obligowałoby w bardziej wyraźny sposób strony do współpracy, co pozwoliłoby uzyskać praktyczne korzyści i uzyskać efekt w postaci prawidłowo wykonanego zamówienia.

2) Ewaluacja realizacji umowy

Zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych jest możliwe również dzięki należycie przeprowadzonej ewaluacji realizacji umowy. Dzięki przeanalizowaniu treści umowy oraz sposobu jej realizacji, zamawiający może wdrożyć zmiany mające na celu poprawę procesu zakupowego w odniesieniu do zamówień podobnego typu w przyszłości. Obecnie, praktyka ta nie jest dostatecznie wykorzystywana jako narzędzie do poprawiania jakości realizacji zamówień. W wielu przypadkach zamawiający mimo pojawienia się problemów na etapie realizacji umowy wykorzystują nadal te same specyfikacje, które w kolejnych zamówieniach mogą sprawiać podobne trudności w należytej realizacji zamówień.

Proponowane jest wprowadzenie obowiązku przygotowania raportu z realizacji zamówienia, w którym zamawiający dokonywałby ewaluacji realizacji umowy – w określonych w ustawie przypadkach. Obowiązek powstanie jeżeli:

- na realizację zamówienia wydano znacząco wyższą kwotę, niż kwota wskazana w ofercie wykonawcy,
- na wykonawcę zostały nałożone kary umowne obejmujące znaczną wartość przysługującego mu wynagrodzenia,
- wystąpiły znaczące opóźnienia w realizacji umowy,
- jakość wykonanego zamówienia znacząco odbiegała od jakości oczekiwanej przez zamawiającego,
- jedna ze stron odstąpiła od umowy.

Niezależnie od powyższego zamawiający mógłby sporządzić raport z realizacji zamówienia w przypadku każdego zamówienia objętego stosowaniem przepisów ustawy Pzp. W przypadkach innych niż wyżej wymienione sporządzenie raportu pozostawione byłoby uznaniu zamawiającego.

Zamawiający wskaże i oceni w raporcie m.in:

- rzeczywistą kwotę, którą przeznaczono na realizację zamówienia,

- ocenę sposobu realizacji zamówienia (wskazanie momentów w których odbierane/sprawdzone były etapy częściowe, ocenę współpracy z wykonawcą – również po stronie zamawiającego, ocenę jakości wykonywanych prac oraz ich zgodności z opisem przedmiotu zamówienia),
- wnioski na przyszłość, co do zmiany sposobu/przedmiotu realizacji zamówienia z punktu widzenia celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych, w tym dotyczące wprowadzenia niezbędnych zmian w dokumentacjach przyszłych postępowań.

10. Procedury szczególne w zamówieniach publicznych

1) Zawieranie umów ramowych i dynamiczny system zakupów

Dzięki umowom ramowym zamawiający mogą na dłuższy czas niż w przypadku standardowych umów o zamówienie publiczne zawrzeć umowę lub ograniczyć krąg podmiotów, z którymi w przyszłości będą mogli zawierać umowy i dokonywać zagregowanych zakupów. Zalecany jest szerszy zakres stosowania instrumentów takich jak umowy ramowe czy dynamiczny system zakupów dla zamówień powtarzalnych i cyklicznych, w tym w szczególności dla dostaw. Między innymi w oparciu o tego rodzaju usługi mogą być dokonywane zamówienia na leki, sprzęt elektroniczny czy sprzęt biurowy. Celowe jest rozszerzenie tego typu podejścia na jak największe obszary administracji.

Proponowane jest zdefiniowanie na nowo umowy ramowej oraz odzwierciedlenie w przepisach zależności pomiędzy wyborem trybu postępowania prowadzącego do zawarcia umowy ramowej i szczegółowością dokumentacji postępowania, a późniejszym udzielaniem zamówień na podstawie umowy ramowej. Poprawienie przejrzystości i uporządkowanie regulacji może przyczynić się do większego zainteresowania zamawiających stosowaniem umów ramowych.

2) Zasady dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Propozycja do dyskusji 3

Wyodrębnienie jako osobnej ustawy przepisów dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Proponuje się wydzielenie przepisów regulujących zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa do oddzielnej ustawy. Obecna regulacja dotycząca zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w niewystarczający sposób uwzględnia specyfikę i odrębność przedmiotowych zamówień w stosunku do zamówień klasycznych. Odrębne zasady oddawałyby charakter tych zamówień.

3) Udzielanie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi

Regulacja procedury dotyczącej zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymaga zawarcia w niej czytelnych reguł dotyczących zamówień o wartości wyższej niż

progi UE, w szczególności jasnego określenia, które przepisy regulacji ogólnej znajdują zastosowanie do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Zostanie również wskazane, że do tego typu zamówień znajdują zastosowanie przepisy regulujące procedurę uproszczoną dla zamówień o wartości poniżej progów UE. Pozwoli to na wyeliminowanie problemu szczątkowej regulacji dla zamówień o wartości niższej niż progi UE oraz wyraźne przesądzenie, że w przypadku takich zamówień przysługuje odwołanie do KIO.

4) Konkurs

Konkurs jest procedurą umożliwiającą nabycie projektów lub planów mających charakter utworów prawa autorskiego. Przepisy dotyczące konkursów stanowią implementację art. 78-82 dyrektywy 2014/24/UE. Konkurs wykorzystywany jest najczęściej do postępowań w dziedzinach urbanistyki i planowania przestrzennego, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych. Jest jednak elastycznym instrumentem umożliwiającym pozyskiwanie rozwiązań autorskich również z innych dziedzin. Umożliwia ocenę prac, których klasyfikacja jest niemożliwa do ustalenia za pomocą jasno definiowalnych kryteriów i do której wykonania konieczna jest również subiektywna ocena przedstawionych rozwiązań.

W zakresie regulacji dotyczących konkursów planowane jest zasadnicze utrzymanie ich dotychczasowego kształtu. Planuje się pozostawienie do decyzji zamawiających czy realizując dane przedsięwzięcie zdecydują się na przeprowadzenie konkursu oraz jaką jego formę wybiorą. Pozwoli to na elastyczne stosowanie tego typu rozwiązań. Promocja instytucji konkursu oraz popularyzacja dobrych praktyk dotyczących jego stosowania powinna przynieść zwiększenie liczby konkursów oraz poprawę umiejętności w ich prawidłowym wykorzystywaniu.

11. Udzielanie zamówień sektorowych

Sektory użyteczności publicznej rozumiane są jako sektory gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Charakteryzują się one przede wszystkim:

- zamkniętym charakterem rynków, na jakich prowadzona jest działalność sektorowa, oraz
- wielością i różnorodnością kategorii podmiotów zamawiających, w tym podmiotów prywatnych, przy jednoczesnym utrzymaniu silnego wpływu państwa na te podmioty.

Podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (dalej: zamawiający sektorowi) są niezwykle ważnymi uczestnikami rynku zamówień publicznych. Chociaż stanowią jedynie ok. 1,5% ogólnej liczby zamawiających, corocznie odpowiadają za wydatkowanie ok. 20% środków, wydawanych na podstawie przepisów ustawy Pzp (są to w całości zamówienia o wartości powyżej progów unijnych). Jednocześnie zamawiający sektorowi w większości działają w warunkach rynkowych oraz posiadają znaczące doświadczenie w wykorzystywaniu praktyk zakupowych stosowanych w biznesie.

Powyższe czynniki powodują, że to właśnie zamawiający sektorowi mogą mieć znaczący wkład w realizację celów nowego systemu zamówień publicznych takich jak zwiększenie liczby zamówień, których przedmiotem są innowacje, czy też zielonych zamówień publicznych. Zamawiający sektorowi mogą też popularyzować wśród zamawiających

klasycznych stosowanie dobrych praktyk przyczyniających się do zwiększenia efektywności wydatkowania środków publicznych, m.in. przez tworzenie strategii zakupowych czy też zarządzanie procesem zakupowym od przygotowania zamówienia do ukończenia jego realizacji.

Obecne funkcjonowanie systemu zamówień publicznych nie pozwala na dostateczne wykorzystanie potencjału zamawiających sektorowych dla zwiększenia efektywności zamówień publicznych oraz realizacji celów strategicznych państwa. Zamawiający sektorowi podnoszą, że brak jest zrozumienia dla ich zadań i misji, która różni się od celów klasycznych zamawiających.

Proponowane jest, aby przyszła regulacja w większym stopniu uwzględniała specyfikę zamówień udzielanych w sektorach użyteczności publicznej oraz w większym stopniu realizowała założenia zawarte w dyrektywie 2014/25/UE, tj. stwarzała ramy dobrych praktyk handlowych oraz umożliwiała maksymalną elastyczność (motyw 2 dyrektywy).

Dla zwiększenia efektywności zakupów dokonywanych przez zamawiających sektorowych istotne znaczenie będzie miała również zmiana przepisów wspólnych dla zamówień klasycznych i sektorowych. Dotyczy to przede wszystkim zwiększenia możliwości kontaktów z wykonawcami na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia w celu możliwości lepszego poznania najlepszych rozwiązań dostępnych na rynku czy też zmiany przepisów dotyczących trybów udzielenia zamówień, w tym przede wszystkim zmiana przepisów dotyczących partnerstwa innowacyjnego.

Planowane zmiany mają zamawiającym sektorowym umożliwić zarówno lepsze funkcjonowanie w warunkach konkurencji rynkowej oraz osiąganie celów biznesowych, jak również zwiększyć możliwość włączenia się w realizację celów systemu zamówień publicznych takich jak wzrost innowacyjności.

1. Zakres zastosowania

Odrębnego uregulowania wymaga zakres zastosowania przepisów w dziedzinie udzielania zamówień sektorowych. Należy doprecyzować definicję praw specjalnych i wyłącznych, a także definicję dostaw gazu, energii cieplnej, energii elektrycznej i wody oraz zredefiniować zakres działalności w zakresie usług pocztowych i wyłączenia poszukiwania ropy naftowej i gazu.

Konieczne jest również uregulowanie procedury mającej na celu ustalenie, czy dana działalność bezpośrednio podlega konkurencji na rynku, do którego dostęp nie jest ograniczony, przy uwzględnieniu decyzji wykonawczej Komisji nr 2016/1804 z dnia 10 października 2016 r. dotyczącej szczegółowych zasad stosowania art. 34 i 35 dyrektywy 2014/25/UE (Dz. Urz. UE nr L 275 z 12.10.2016, str. 39).

Odrębnego uregulowania wymagają również wyłączenia szczególne właściwe zamówieniom sektorowym, w tym wyłączenie dotyczące zamówień udzielanych podmiotom powiązanym (zob. art. 29 i 30 dyrektywy 2014/25/UE), czy uregulowane w przepisach art. 18 do 23 wyłączenia mające zastosowanie do wszystkich podmiotów zamawiających oraz szczególne wyłączenia dotyczące sektorów gospodarki wodnej i energetyki.

W tym zakresie punktem wyjścia powinny być regulacje obowiązującej ustawy – Pzp, przy zapewnieniu pełnej zgodności z przepisami unijnymi.

2. Tryby udzielenia zamówienia sektorowego

Podstawowymi trybami udzielania zamówień sektorowych powinny być – wzorem uregulowań unijnych – procedury: otwarta (przetarg nieograniczony), ograniczona (przetarg ograniczony) i negocjacyjna z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie (negocjacje z ogłoszeniem).

Zaproszenia do ubiegania się o zamówienie podmioty zamawiające działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych powinny móc, jak dotychczas, dokonywać w jeden z następujących trzech sposobów: albo za pomocą okresowego ogłoszenia informacyjnego (jeżeli zamówienia udziela się w drodze procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej), albo za pomocą ogłoszenia o istnieniu systemu kwalifikowania (jeżeli zamówienia udziela się w drodze procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego), albo za pomocą ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiającym sektorowym należy również zapewnić możliwość korzystania z procedur dialogu konkurencyjnego i partnerstwa innowacyjnego.

Proponuje się, by zamawiającym sektorowym w dalszym ciągu przysługiwało uprawnienie do korzystania z procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki w przypadkach przewidzianych w ustawie.

W odniesieniu do procedury otwartej, proponuje się wprowadzenie, wzorem art. 45 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE, możliwości skrócenia minimalnego terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym.

W przypadku procedury ograniczonej proponuje się utrzymanie, w ślad za art. 46 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE, możliwości skrócenia minimalnego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału oraz terminu składania ofert w przetargu ograniczonym.

Jako że procedurę negocjacyjną z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie na gruncie unijnych przepisów w dziedzinie zamówień sektorowych charakteryzują znaczące różnice w stosunku do analogicznych regulacji na gruncie udzielania klasycznych zamówień publicznych, proponuje się ustanowienie w nowej ustawie odrębnej dla zamówień sektorowych procedury negocjacyjnej z ogłoszeniem, której kształt określony został w przepisach dyrektywy 2014/25/UE.

Zgodnie z art. 47 dyrektywy 2014/25/UE w procedurze negocjacyjnej z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie każdy wykonawca może – w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie – złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału, przedstawiając informacje na potrzeby kwalifikacji podmiotowej wymagane przez zamawiającego. Minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału wynosi, co do zasady, co najmniej 30 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu lub, w przypadku gdy okresowe ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania i nie może być w żadnym wypadku krótszy niż 15 dni. W negocjacjach uczestniczyć mogą tylko wykonawcy zaproszeni przez zamawiającego po dokonaniu przez niego oceny dostarczonych informacji. Podmioty zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do udziału w postępowaniu, na podstawie ustalonych w tym celu obiektywnych zasad i kryteriów. Termin składania ofert można ustalić w drodze wzajemnego porozumienia między podmiotem zamawiającym a zakwalifikowanymi kandydatami, pod warunkiem że wszyscy kandydaci mają tyle samo czasu na przygotowanie

i złożenie ofert. W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w sprawie terminu składania ofert termin ten wynosi co najmniej 10 dni od daty wysłania zaproszenia do składania ofert.

Tym samym proponuje się tryb postępowania w znacznym stopniu odformalizowany w porównaniu z trybem negocjacji z ogłoszeniem stosowanym w przypadku zamówień klasycznych, zapewniający zamawiającym sektorowym dużo większą elastyczność.

Ponadto, w przypadku dialogu konkurencyjnego i partnerstwa innowacyjnego proponuje się utrzymanie możliwości skrócenia minimalnego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału, w ślad za rozwiązaniami przewidzianymi w art. 48 ust. 1 i art. 49 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE.

3. Metody udzielenia zamówienia sektorowego

Odnosnie do umów ramowych pożądanym jest, by nowa ustawa, w ślad za art. 51 dyrektywy 2014/25/UE, przewidywała nową, odrębną umowę ramową, właściwą sektorom użyteczności publicznej.

Mocą art. 51 dyrektywy 2014/25/UE podmioty zamawiające mogą zawierać umowy ramowe, pod warunkiem że stosują procedury przewidziane w tej dyrektywie. Umowa ramowa oznacza umowę zawartą pomiędzy co najmniej jednym podmiotem zamawiającym a co najmniej jednym wykonawcą, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, w stosownych przypadkach, przewidywanych ilości. Okres obowiązywania umowy ramowej nie przekracza **ośmiu lat**, poza wyjątkowymi przypadkami, które są należycie uzasadnione, w szczególności pod kątem przedmiotu umowy ramowej. Zamówień opartych na umowie ramowej udziela się na podstawie obiektywnych zasad i kryteriów, które mogą obejmować ponowne poddanie zamówienia procedurze konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami będącymi stroną zawartej umowy ramowej. Wspomniane zasady i kryteria określa się w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej. Obiektywne zasady i kryteria zapewniają równe traktowanie wykonawców. W przypadku gdy zawarto postanowienia dopuszczające ponowne poddanie zamówienia procedurze konkurencyjnej, podmioty zamawiające określają wystarczająco długi termin, by umożliwić złożenie ofert na poszczególne zamówienia, i udzielają każdego zamówienia oferentowi, który złożył najlepszą ofertę na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia określonych w specyfikacjach umowy ramowej. Jak w przypadku klasycznych zamówień publicznych, podmioty zamawiające nie mogą stosować umów ramowych w sposób nieodpowiedni ani w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję.

Proponuje się zatem odformalizowanie procedury prowadzącej do udzielania zamówień w oparciu o umowę ramową dla zamówień sektorowych. Będzie to procedura bardziej uproszczona w stosunku do procedury na gruncie zamówień klasycznych.

W odniesieniu do dynamicznych systemów zakupów proponuje się, by nowa ustawa, wzorem art. 52 dyrektywy 2014/25/UE, przewidywała możliwość skrócenia minimalnego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w systemie.

4. Kwalifikacja wykonawców

Jedną z odrębności reżimu udzielania zamówień sektorowych, której utrzymanie jest pożądanym również na gruncie nowej ustawy, są systemy kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 77 dyrektywy 2014/25/UE zamawiający sektorowi mogą, według swojego

uznania, ustanowić i stosować system kwalifikowania wykonawców. W tym celu zamawiający ustalają obiektywne zasady i kryteria wykluczenia oraz kwalifikacji wykonawców oraz obiektywne kryteria i zasady funkcjonowania systemu kwalifikowania, regulujące kwestie, takie jak wpis do systemu, ewentualna okresowa aktualizacja kwalifikacji oraz okres obowiązywania systemu. Należy przy tym pamiętać, że zamawiający sektorowi będący jednocześnie instytucjami zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE, tj. zamawiającymi udzielającymi zamówień klasycznych, muszą stosować obligatoryjne podstawy wykluczenia uregulowane na gruncie przepisów dotyczących udzielania zamówień klasycznych na zasadach w nich określonych. Zamawiający sektorowi, którzy skorzystają z możliwości ustanowienia systemów kwalifikowania, mają obowiązek prowadzić pisemny rejestr zakwalifikowanych wykonawców. Mogą w nim uwzględnić podział na kategorie według rodzajów zamówień, których dotyczy kwalifikacja. W przypadku gdy zaproszenie do ubiegania się o zamówienie jest dokonywane za pomocą ogłoszenia o istnieniu systemu kwalifikowania, poszczególnych zamówień na roboty budowlane, dostawy lub usługi objęte systemem kwalifikowania udziela się w drodze procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej, w której wszystkich oferentów i uczestników wybiera się spośród kandydatów już zakwalifikowanych zgodnie z takim systemem.

W tym zakresie punktem wyjścia powinny być regulacje obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych (zob. art. 134a do art. 134e), przy zapewnieniu pełnej zgodności z przepisami unijnymi.

5. Oferty obejmujące produkty pochodzące z państw trzecich

Kolejną odrębnością, której utrzymanie na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych jest wysoce wskazane, są tzw. „preferencje unijne”, tj. mechanizmy przewidziane w art. 85 dyrektywy 2014/25/UE, w tym możliwość odrzucenia oferty, jeżeli udział produktów pochodzących z państw trzecich, z którymi Unia nie zawarła wielostronnych ani dwustronnych umów zapewniających przedsiębiorstwom unijnym porównywalny i skuteczny dostęp do rynków tych państw, przekracza 50% całkowitej wartości produktów objętych ofertą. Co więcej, jeżeli co najmniej dwie oferty są równoważne w świetle kryteriów udzielenia zamówienia, preferowane są oferty, które nie mogą zostać odrzucone z przyczyn wskazanych wyżej. Dla celów cytowanego przepisu, ceny ofert uważa się za równoważne, jeżeli różnica pomiędzy nimi nie przekracza 3%.

Również w tym zakresie punktem wyjścia powinny być regulacje obowiązującej ustawy (zob. art. 138c ust. 1 pkt 4 i ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych) przy zapewnieniu pełnej zgodności z przepisami unijnymi.

6. Przepisy „wspólne”

Jednocześnie szereg przepisów dyrektywy 2014/25/UE charakteryzuje bliźniacze podobieństwo do analogicznych regulacji zawartych w dyrektywie 2014/24/UE. Dotyczy to m.in. przepisów regulujących zasady mające zastosowanie do komunikacji, poleganie na zdolności innych podmiotów czy kryteria udzielenia zamówienia.

W konsekwencji w tym zakresie konieczne jest rozszerzenie na zamówienia sektorowe stosowania rozwiązań proponowanych w nowym Prawie zamówień publicznych dla zamówień klasycznych.

12. Innowacyjne zamówienia

Rozpoczynająca się obecnie czwarta rewolucja przemysłowa wymaga wprowadzenia rozwiązań opartych na cyfryzacji, robotyzacji i automatyzacji. Szybki postęp naukowo-techniczny prowadzi do konieczności szukania nowych rozwiązań, ponieważ dotychczasowe w krótkim czasie mogą się okazać przestarzałe i nieefektywne. Zasada efektywnego wydatkowania środków publicznych powoduje więc konieczność szukania innowacyjnych rozwiązań w zamawianych przez podmioty publiczne dostawach, usługach i robotach budowlanych. Konieczność zwiększenia wolumenu zamówień publicznych, których przedmiotem są innowacje wynika również z potrzeby wsparcia stałego rozwoju gospodarczego Polski. Ścieżka rozwoju na najbliższe lata wskazująca na tworzenie rozwiązań o wysokim poziomie technologicznym oraz innowacji została wytyczona w Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju.

Kluczowe dla racjonalnego kreowania popytu na innowacje będzie miało prawidłowe określenie oraz implementacja polityki zakupowej państwa poprzez wskazanie sektorów strategicznych dla gospodarki państwa, identyfikację projektów flagowych dla tych sektorów oraz kluczowych inwestycji infrastrukturalnych. Dzięki temu możliwe będzie tworzenie innowacji w dziedzinach, w których mogą one przynieść największe korzyści dla polskiej gospodarki. Działania w tym zakresie wykraczają poza ramy legislacyjne oraz wiążą się przede wszystkim z organizacją podmiotu odpowiedzialnego za realizację polityki zakupowej państwa i jego współpracy z poszczególnymi podmiotami publicznymi w zakresie identyfikacji zamówień strategicznych, których przedmiotem mogą być innowacje. Skutkiem zwiększenia liczby zamówień na innowacje będzie również zachęcenie przedsiębiorców do tworzenia i rozwijania działów B+R.

Administracja rządowa dostrzegła potrzebę większego wykorzystania innowacji podczas opracowywania rozwiązań zarówno usprawniających organizację pracy, jak i podnoszących poziom świadczonych usług publicznych. Dlatego Prezes Rady Ministrów powołał zespół pomocniczy, któremu powierzył zadanie wypracowania i wdrożenia programu GovTech Polska.⁵ Celem programu będzie wzrost kultury innowacyjności w administracji na szczeblu centralnym. Wskazuje się, że innowacyjność ta powinna być rozumiana szeroko, nie tylko jako wprowadzanie nowych produktów, ale również jako doskonalenie procesów. Proponowane poniżej zmiany pozwolą na wykorzystanie w praktyce efektów programu GovTech Polska.

1) Propozycje zachęcające wykonawców, szczególnie MŚP do udziału w partnerstwie innowacyjnym

Obecnie obowiązujące przepisy przewidują solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tj. członków konsorcjum) za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W przypadku partnerstwa innowacyjnego oznacza to, że konsorcjant, którego zadaniem jest opracowanie innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej odpowiada solidarnie z innym konsorcjantem, który wytwarza finalny produkt, zajmuje się produkcją, wykonuje usługę lub robotę budowlaną.

⁵ Zarządzenie nr 55 Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 kwietnia 2018 r. w sprawie Zespołu do spraw Programu GovTech Polska

Proponuje się wprowadzenie zmian polegających na zniesieniu solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w trybie partnerstwa innowacyjnego za wykonanie umowy.

Rozwiązanie to przyczyni się do szerszego zainteresowania trybem partnerstwa innowacyjnego wśród MŚP, w szczególności wśród startupów. Podmioty te będą mogły aktywnie brać udział w fazie badawczo rozwojowej partnerstwa innowacyjnego, bez ryzyka ponoszenia odpowiedzialności solidarnej za realizację umowy (fazę wytworzenia, produkcji seryjnej) jeśli w niej nie uczestniczą (część wykonywana przez innego konsorcjanta). W takim przypadku każdy z członków konsorcjum będzie ponosił odpowiedzialność tylko za tą część umowy, którą rzeczywiście wykonuje.

Wprowadzenie ww. zmiany otworzy nowe możliwości dla MŚP, w szczególności dla startupów. Podmioty te mogą odegrać znaczną rolę na rynku zamówień innowacyjnych ze względu na swój duży potencjał szybkiego wzrostu, oparty na innowacyjnych pomysłach i/lub technologiach.

Ponadto, w celu zachęcenia wykonawców do uczestniczenia w wypracowywaniu innowacyjnych rozwiązań służących zamawiającym, proponuje się wprowadzenie regulacji umożliwiających przyznawanie wykonawcom nagród za przedstawiane propozycje innowacyjnych rozwiązań na etapie prowadzenia negocjacji (tj. przed ustanowieniem partnerstwa). Wkład pracy wykonawców w przedstawianie koncepcji innowacyjnego rozwiązania, jeszcze przed ustanowieniem partnerstwa, może być na tyle znaczący i kosztowny, że wykonawców może nie być stać na ich poniesienie. Ograniczać to może udział w postępowaniach na innowacje wykonawców z olbrzymim potencjałem intelektualnym, a małym potencjałem ekonomicznym i finansowym (np. startupy). Nagrody mogą pomóc takim podmiotom w ubieganiu się o innowacyjne zamówienia.

2) Ułatwienia w trybach właściwych do udzielania zamówień innowacyjnych

Proponuje się odformalizowanie trybów właściwych do zamawiania innowacji, w których występują negocjacje lub dialog pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Powyższy cel może być osiągnięty poprzez wprowadzenie regulacji pozwalających na elastyczne prowadzenie rozmów w możliwie najszerszym zakresie, w celu wypracowania optymalnych rozwiązań.

Ponadto proponuje się rezygnację z udostępniania przez zamawiającego SIWZ na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. SIWZ zostanie zastąpiony przez nowy, uproszczony dokument, zawierający informacje niezbędne dla wykonawców, pozwalające na podjęcie decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu, a także informacje pozwalające zamawiającemu na sprawne przeprowadzenie kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Dokument ten będzie modyfikowany na kolejnych etapach postępowania, z wyjątkiem minimalnych wymogów i kryteriów udzielenia zamówienia, które nie podlegają negocjacjom.

Proponowana jest rezygnacja w trybie partnerstwa innowacyjnego z obowiązkowego zamieszczania w ogłoszeniu oraz w dokumentach zamówienia elementów opisu przedmiotu zamówienia na rzecz zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane i opisu minimalnych wymogów, jakie muszą spełniać oferty. Założeniem partnerstwa innowacyjnego jest poszukiwanie nowych rozwiązań, nie jest zatem celowe dokonywanie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto rozwiązanie to wyeliminuje

wątpliwości dotyczące zasad opisu przedmiotu zamówienia zawartych w art. 29 ust. 1 Pzp oraz sposobu opisu zamówienia na roboty budowlane (art. 31 Pzp).

Ponadto uzasadnione jest wprowadzenie w trybie partnerstwa innowacyjnego regulacji, które pozwolą zamawiającemu na elastyczny wybór i nabycie oferowanego przez partnerów produktu, usługi czy robót budowlanych w sytuacji, w której kilku partnerów udało się zakwalifikować do etapu produktu finalnego. Przepisy powinny zapewniać wybór produktu zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania, ale jednocześnie nie powinny nadmiernie formalizować tego etapu postępowania.

Proponuje się również wprowadzenie odrębnej regulacji dotyczącej prawa opcji w trybie partnerstwa innowacyjnego, która uwzględni specyfikę tych postępowań (zamawianie produktów, usług, robót budowlanych, które nie istnieją na rynku). Umożliwi to zamawiającemu nabycie przedmiotu zamówienia w podstawowej, niewielkiej ilości, ale także da możliwość nabycia przedmiotu zamówienia w zakresie znacznie większym niż ilość podstawowa. Ponadto ograniczy ryzyko zamawiającego wynikające z zobowiązania się do nabycia przedmiotu zamówienia, który w czasie organizowania postępowania nie istnieje. Przyczyni się zatem do zwiększenia zainteresowania zamawiających tym trybem postępowania. Będzie miało również pozytywne skutki dla wykonawców, polegające na możliwości zwiększenia ilości przedmiotu zamówienia ponad podstawowy zakres.

13. Zrównoważone zamówienia publiczne

Znaczące kwoty wydatkowane na zamówienia publiczne powodują, iż są one istotnym narzędziem, pozwalającym administracji publicznej oddziaływać na tendencje występujące na rynku. Sektor publiczny tworząc zapotrzebowanie na produkty, usługi lub roboty budowlane o określonych cechach, np. o mniejszym niekorzystnym oddziaływaniu na środowisko czy lepiej przystosowane do potrzeb osób o zróżnicowanych potrzebach, np. osób niepełnosprawnych, osób starszych itp. może przyczynić się do zwiększenia dostępności na rynku robót, usług lub produktów o takich cechach czy nawet do rozwoju innowacyjnych rozwiązań w tym obszarze. Rynek odpowiada bowiem na zapotrzebowanie na określone produkty, usługi czy roboty budowlane dostosowując do niego swoją ofertę.

Potencjał zamówień publicznych w tym zakresie polega także na specyfice zamówień dokonywanych przez sektor publiczny. Administracja publiczna dokonuje zakupów o znacznej wartości m.in. w sektorach użyteczności publicznej (tzw. zamówienia sektorowe), spośród których największą część stanowią inwestycje w sektorze energetycznym. Duży udział mają też zakupy dokonywane na potrzeby świadczenia usług w zakresie transportu publicznego oraz zamówienia w sektorze gospodarki wodno-ściekowej.⁶ Są to obszary charakteryzujące się znacznym oddziaływaniem na środowisko. To, w jaki sposób zamawiany produkt, usługa lub robota budowlana będzie wpływać na stan środowiska naturalnego, zależeć będzie w dużej mierze od tego jak zdefiniowane zostaną wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia. Sektor publiczny zamawia też znaczne ilości robót budowlanych oraz usług, które umożliwiają uwzględnienie różnorodnych wymogów prospołecznych takich jak np. wymóg zatrudnienia do realizacji zamówienia osób

⁶ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.

z grup społecznie marginalizowanych czy projektowanie zgodnie z zasadą dostępności dla wszystkich użytkowników. Zamówienia publiczne mogą także stanowić istotny instrument wsparcia rozwoju podmiotów działających na rzecz integracji społecznej osób marginalizowanych lub zagrożonych wykluczeniem społecznym, tj. podmiotów z sektora ekonomii społecznej.

Zamówienia publiczne dają zatem możliwość wsparcia realizacji m.in. takich celów jak:

- ogólna poprawa stanu środowiska naturalnego, w tym zmniejszenie zanieczyszczenia wody, powietrza, gleby poprzez zmniejszenie poziomu emisji szkodliwych substancji;
- bardziej efektywne i oszczędne korzystanie z zasobów poprzez uwzględnienie takich wymogów jak, np. efektywność energetyczna, oszczędne wykorzystanie zasobów wodnych itp.;
- rozwój ekoinnowacji;
- promocja godnej pracy;
- integracja społeczna i zawodowa osób z grup społecznie marginalizowanych;
- rozwój sektora ekonomii społecznej;
- promocja polityki równych szans oraz równego traktowania;
- zwiększenie dostępności obiektów i usług publicznych dla wszystkich użytkowników w tym w szczególności dla osób niepełnosprawnych.

Zamówienia uwzględniające aspekty środowiskowe i społeczne, czyli tzw. zrównoważone zamówienia publiczne, wpisują się w określoną w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju koncepcję inteligentnych zakupów. Z tego względu konieczny jest dalszy ich rozwój. Wskazane jest zatem, aby na gruncie nowej ustawy Pzp zamawiający nadal dysponowali odpowiednimi narzędziami, które pozwolą im włączyć się, poprzez udzielane przez nich zamówienia, w realizację różnorodnych celów środowiskowych, społecznych czy związanych z pobudzaniem rozwoju innowacji, zgodnie z założeniami przyjętymi w polityce zakupowej państwa.

1) Zielone zamówienia publiczne

Obowiązująca ustawa Pzp zawiera instrumenty pozwalające zamawiającym na uwzględnianie różnych kwestii związanych z ochroną środowiska naturalnego, takich jak:

- odpowiednie przesłanki wykluczenia o charakterze środowiskowym;
- środowiskowe warunki realizacji zamówienia;
- sposób definiowania opisu przedmiotu zamówienia uwzględniający aspekty środowiskowe;
- oznakowania ekologiczne;
- badanie rażąco niskiej ceny pod kątem przestrzegania obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska;
- pozacenowe kryteria oceny ofert dotyczące aspektów środowiskowych w tym wprowadzenie kryterium kosztu, które może być oparte o metodologię kosztów cyklu życia produktu (LCC).

Instrumenty te w pełni odzwierciedlają rozwiązania przewidziane w dyrektywach unijnych, które wprowadziły w tym obszarze dodatkowe możliwości dla zamawiających. Z tego względu nie proponuje się wprowadzania nowych regulacji dotyczących kwestii środowiskowych w zamówieniach publicznych. Niemniej jednak, za wskazane należy uznać wprowadzenie pewnych modyfikacji w zakresie regulacji dotyczących środowiskowych warunków realizacji zamówienia w celu ich doprecyzowania i uelastycznienia.

Celem zwiększenia świadomości zamawiających w zakresie możliwości żądania zastosowania określonych środków zarządzania środowiskowego, proponuje się określenie wprost w regulacjach dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, jako jednego z możliwych wymagań dotyczących realizacji zamówienia o charakterze środowiskowym, możliwości żądania zastosowania przez wykonawców określonych środków zarządzania środowiskowego.

Proponuje się także, aby określone zapisy dotyczące weryfikacji wypełniania przez wykonawców wymogów o charakterze środowiskowym związanych z realizacją zamówienia, dokumentowania oraz sankcji z tytułu niespełniania tych wymogów znalazły się w regulacjach dotyczących SIWZ.

2) Społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne

Na gruncie obowiązujących przepisów zamawiający mają możliwość uwzględnienia kwestii społecznych w udzielanych przez siebie zamówieniach dzięki wykorzystaniu takich instrumentów jak:

- zamówienia zastrzeżone;
- odpowiednie przesłanki wykluczenia o charakterze społecznym;
- klauzula dotycząca zatrudnienia na podstawie umowy o pracę;
- społeczne warunki realizacji zamówienia;
- projektowanie z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników oraz dostępność dla osób niepełnosprawnych;
- oznakowania społeczne;
- badanie rażąco niskiej ceny pod kątem przestrzegania obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy i prawa o zabezpieczeniu społecznym;
- pozacenowe kryteria oceny ofert dotyczące aspektów społecznych;
- zamówienia zastrzeżone w przypadku wybranych usług społecznych, zdrowotnych i kulturalnych.

Ww. regulacje stanowią pełną implementację do porządku krajowego rozwiązań zawartych w unijnych dyrektywach dotyczących społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych. Stanowią także, jak w przypadku klauzuli dotyczącej zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, odpowiedź na pewne problemy występujące na polskim rynku pracy.

Z uwagi na powyższe, w nowej ustawie nie przewiduje się wprowadzenia zupełnie nowych instrumentów prawnych w zakresie społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych. Proponuje się natomiast pewne modyfikacje obecnie funkcjonujących przepisów, mające na celu ich uelastycznienie i uproszczenie, a także wyeliminowanie pewnych braków ujawnionych w praktyce stosowania tych rozwiązań.

Analiza obowiązujących regulacji w tym zakresie oraz praktyka ich stosowania wskazują, że przy projektowaniu nowych regulacji uzasadnione jest wprowadzenie modyfikacji, o których mowa poniżej, dotyczących tzw. zamówień zastrzeżonych oraz zamówień zastrzeżonych w ramach specjalnego reżimu udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, a także do projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników i dostępności dla osób niepełnosprawnych.

Celem zaproponowanych zmian jest szersze uwzględnianie aspektów społecznych w zamówieniach publicznych. Zmiany mają na celu poprawę standardów działania administracji publicznej w zakresie zamówień publicznych – wdrażanie inteligentnych i zrównoważonych zamówień publicznych, klauzule społeczne w zamówieniach publicznych, mechanizmy kontroli rażąco niskiej ceny i zatrudnienia pracowników, przewidzianego w obszarze „Instytucje prorozwojowe i strategiczne zarządzanie rozwojem” Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju.

a. Zmiany w zakresie tzw. zamówień zastrzeżonych

W przypadku zamówień zastrzeżonych istnieje potrzeba doprecyzowania w regulacji ustawowej cech podmiotów uprawnionych do ubiegania się o tego typu szczególne zamówienia, odnoszącej się do realizacji – jako głównego celu podmiotu – działalności w zakresie integracji społeczno-zawodowej osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych. Podkreślenie obowiązku realizacji celu społecznego w postaci integracji społeczno-zawodowej osób marginalizowanych jako drugiego obligatoryjnego wymogu – obok wymogu minimalnego zatrudnienia tych osób na poziomie co najmniej 30% - który muszą spełniać wykonawcy ubiegających się o zamówienia zastrzeżone, pozwoli w sposób ściślejszy odwzorować w krajowych regulacjach postanowienia dyrektyw unijnych oraz pozwoli wyeliminować wątpliwości interpretacyjne w przedmiotowym zakresie.

Doregulowania w powyższym zakresie wymagają obecnie obowiązujące przepisy dotyczące wspólnego ubiegania się o zamówienie, w taki sposób, aby uniemożliwić obchodzenie wymogów przewidzianych dla zamówień zastrzeżonych.

Ponadto, ze względu na pewne niespójności, które ujawniły się w praktyce stosowania tego instrumentu, pomiędzy przepisami ustawy Pzp dotyczącymi zamówień zastrzeżonych oraz regulacjami z zakresu promocji zatrudnienia i rynku pracy, do których odsyła ustawa Pzp w przedmiocie definicji osób marginalizowanych m.in. osób bezrobotnych oraz poszukujących pracy bez zatrudnienia, również w tym zakresie wskazane są pewne modyfikacje.

W związku z powyższym należałoby rozważyć zawarcie w nowej regulacji – w części dotyczącej przepisów zmieniających inne akty prawne – propozycji stosownych zmian w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, np. wprowadzenie definicji tzw. okresu integracji osób bezrobotnych i poszukujących pracy bez zatrudnienia, dzięki której pomimo faktu zatrudnienia osoby te mogłyby być uznawane za osoby marginalizowane na potrzeby zamówień zastrzeżonych. Pozwoli to wyeliminować praktyczne trudności w stosowaniu tego instrumentu.

b. Zmiany w zakresie tzw. zamówień zastrzeżonych w ramach specjalnego reżimu udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi

W ramach specjalnych procedur przewidzianych dla udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, wzorując się na możliwościach określonych w unijnych dyrektywach, wprowadzono⁷ tzw. zamówienia zastrzeżone na wybrane usługi społeczne, zdrowotne oraz kulturalne. Dokonując transpozycji tego instrumentu do ustawy Pzp zdecydowano, że w zakresie dwóch pierwszych warunków określonych w art. 77 dyrektywy 2014/24/UE (warunek dotyczący realizacji misji w zakresie służby publicznej związanej ze świadczeniem usług objętych zakresem tego przepisu oraz warunek dotyczący zasad podziału zysku) będzie on bardziej restrykcyjny niż wymaga tego prawo unijne m.in. poprzez dodanie w ramach pierwszego warunku prowadzenia integracji społecznej i zawodowej osób marginalizowanych przez podmioty, które mogą ubiegać się o tego typu zamówienia zastrzeżone. Należy podkreślić, iż przedmiotowe działania mieszczą się w uprawnieniu państwa członkowskiego w zakresie dookreślenia w swoim prawie krajowym właściwego rozumienia tzw. misji w zakresie służby publicznej tak, aby odpowiadało ono uwarunkowaniom krajowym, przy zachowaniu zgodności z prawem UE. Mając jednak na uwadze cele odnoszące się do wprowadzenia tego przepisu określone w preambule dyrektywy⁸ oraz sposoby wdrożenia tej regulacji w innych państwach członkowskich UE⁹ należy rozważyć uelastycznienie instrumentu zamówień zastrzeżonych na wybrane usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne pod kątem rozszerzenia kręgu podmiotów uprawnionych do ubiegania się o tego typu zamówienia. Przedmiotowe uelastycznienie powinno wyrażać się w zdefiniowaniu pierwszego z warunków predysponujących do ubiegania się o tego typu zamówienia w sposób odnoszący się przede wszystkim do realizacji zadań w zakresie

⁷ Art. 138p ustawy Pzp wprowadzony w wyniku przyjęcia ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

⁸ Dyrektywa 2014/24/UE w motywie 118 preambuły wskazuje, że możliwość rezerwowania udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia na określone usługi w dziedzinie usług zdrowotnych, społecznych i kulturalnych dla organizacji opartych na własności pracowniczej lub aktywnym udziale pracowników w zarządzaniu nimi lub dla istniejących organizacji takich jak spółdzielnie, ma na celu zapewnienie ciągłości świadczenia tych usług z korzyścią na rzecz użytkowników końcowych. Podkreśla się przede wszystkim korzyści na rzecz bezpośrednich odbiorców tych usług, które mogą zostać osiągnięte poprzez długoterminowe świadczenie tych usług przez podmioty nieredystrybuujące zysków i opierające swoją działalność na współzarządzaniu.

⁹ Na podstawie art. 37 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics o zamówienia na wybrane usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne mogą ubiegać się przedsiębiorstwa tzw. gospodarki społecznej i solidarnej i równoważne struktury, których jest celem realizacja misji publicznej związanej ze świadczeniem tych usług. Artykuł 37 Ordonnance n° 2015-899 w zakresie definicji przedsiębiorstwa tzw. gospodarki społecznej i solidarnej odwołuje się do ustawy nr 2014-856 z dnia 31 lipca 2014 r. o gospodarce społecznej i solidarnej, która w art. 1 stanowi, że gospodarka społeczna i solidarna jest modelem przedsiębiorczym i ekonomicznym, dostosowanym do wszystkich obszarów ludzkiej działalności. Uważa się, że osoby prawne prawa prywatnego, przyjęły ten model, jeżeli spełniają wszystkie poniższe wymagania: 1) ich celem nie jest jedynie podział zysków, 2) są zarządzane w sposób demokratyczny, który jest zdefiniowany i zorganizowany zgodnie ze statutem, określającym w odniesieniu do udziałowców, pracowników i podmiotów zainteresowanych, sposoby pozyskiwania informacji i uczestnictwa w sukcesach przedsiębiorstwa, gdzie ich środki wyrazu nie są związane jedynie z ich wkładem kapitałowym lub kwotą wkładu finansowego; transparentności i nie prymatu wynagrodzenia kapitału 3) kierownictwo stosuje się do poniższych zasad: a) zyski są w większości przeznaczane na cel utrzymania lub rozwoju działalności przedsiębiorstwa; b) rezerwy obowiązkowe są odkładane, nie mogą być dzielone, nie mogą być rozprowadzane. Zakres przedmiotowej definicji obejmuje nie tylko spółdzielnie, товариства ubezpieczeń wzajemnych, fundacje i stowarzyszenia, ale też spółki handlowe, które stosują określone zasady zarządzania.

użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem tych usług oraz wprowadzeniu w ramach drugiego warunku bardziej liberalnego podejścia do zasad podziału zysku. Jednocześnie, proponowane rozwiązanie nie eliminuje możliwości uwzględnienia w ramach specjalnego reżimu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi czynnika integracji społeczno-zawodowej osób marginalizowanych. Będzie to nadal możliwe poprzez zastosowanie instrumentu zamówień zastrzeżonych na podstawie rozwiązania wzorowanego na obecnemu brzmieniu art. 22 ust. 2 oraz 2a ustawy Pzp.

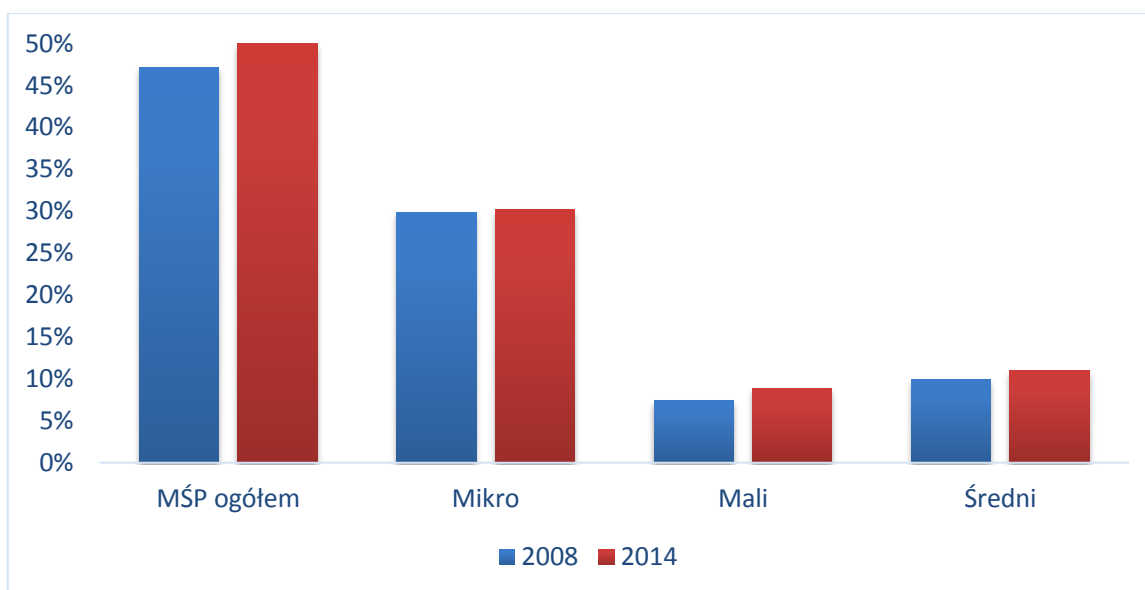
c. Zmiany w zakresie regulacji dotyczących projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników lub dostępności dla osób niepełnosprawnych

W nowej ustawie proponuje się określenie kwestii zapewnienia dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników w jednym artykule, w części ustawy dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia. Projektowana regulacja powinna być zgodna z treścią art. 42 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i tym samym zawierać zobowiązanie do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem kryteriów dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników w przypadku wszystkich zamówień, które przeznaczone są do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków. W przepisie tym powinno się zatem znaleźć doprecyzowanie, iż obowiązek ten powinien być realizowany adekwatnie do potrzeb związanych z przedmiotem zamówienia, co oznacza, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może odstąpić od jego realizacji.

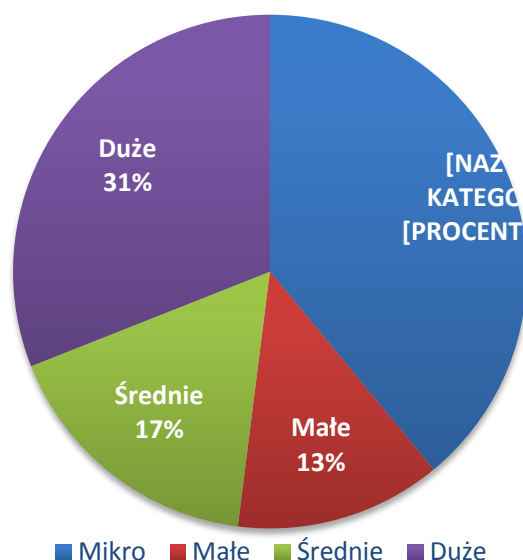
14. Rozszerzenie dostępu MŚP do rynku zamówień publicznych

Sektor MŚP (mikro, małe i średnie firmy) stanowi przeważającą większość przedsiębiorstw w Polsce – 99,8%. Wzrost udziału MŚP w tworzeniu PKB na przestrzeni ostatnich lat ilustruje poniższa grafika.

Wykres 6. Udział firm sektora MŚP w tworzeniu PKB (w % PKB)



Wykres 7. Miejsca pracy generowane przez firmy sektora MŚP (jako % miejsc pracy w sektorze przedsiębiorstw)



Powyższe dane wskazują, że podmioty z sektora MŚP mają kluczowy wpływ na rozwój gospodarki, rynek pracy a także innowacyjność i konkurencyjność. Udział tych przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych gwarantuje realizację celu zrównoważonych zamówień, a także w dużym stopniu wpływa na zwiększenie konkurencyjności oraz innowacyjności zamówień publicznych. Zgodnie z danymi Komisji Europejskiej¹⁰ MŚP pozyskują 45% zamówień o wartości powyżej progów unijnych – i to występując w roli zarówno bezpośrednich wykonawców lub konsorcjantów, jak również podwykonawców. Wskazuje to, że udział MŚP w zamówieniach publicznych jest znacznie niższy niż ich znaczenie gospodarcze zarówno pod względem udziału w PKB jak i strukturze zatrudnienia.

MŚP przypisuje się pierwszoplanową rolę w tworzeniu lokalnych miejsc pracy, rozwoju rynków lokalnych oraz kreowaniu i wdrażaniu rozwiązań innowacyjnych. W dzisiejszym otoczeniu gospodarczym szczególne znaczenie mają podmioty z sektora MŚP nazywane startupami, a więc nowe firmy z potencjałem szybkiego wzrostu. Startupy dzięki przewadze technologicznej lub niszy rynkowej, która nie została zagospodarowana, osiągają olbrzymią skalę w krótkim czasie. Takie przedsiębiorstwa z jednej strony jako wykonawcy zamówień publicznych mogą stanowić ważny filar proinnowacyjnych rozwiązań, a z drugiej zaś realizując finansowane przez podmioty publiczne przedsięwzięcia, mogą otrzymać bodziec do dalszego wzrostu i zapewnić sobie finansowanie dalszej działalności.

Tymczasem aż 80% startupów nigdy nie wzięło udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, a 59% w ogóle nie ma w planach startowania w przetargach. Jako przyczynę tego stanu rzeczy badani przedsiębiorcy wskazują, że oferują produkty, których przetargi nie dotyczą, albo postępowania są ich zdaniem zbyt czasochłonne¹¹. Wskazane jest zatem podjęcie działań, również pozalegislacyjnych, mających na celu zmianę percepcji przedsiębiorców celem pobudzenia ich większej aktywności na rynku zamówień publicznych. Z drugiej strony niski udział startupów w rynku zamówień publicznych może być związany z faktem, że podmioty te, z uwagi na charakter ich działalności, biorą udział głównie w fazie B+R, która nie jest objęta procedurą udzielenia zamówienia publicznego.

¹⁰ Making Public Procurement work in and for Europe, Komunikat Komisji COM (2017) 572 final z 3.10.2017.

¹¹ Raport Startup Poland 2017, s. 22.

Realizacja przedmiotu zamówienia publicznego przy udziale sektora MŚP pozwala nie tylko na efektywne wykonanie zamówienia, lecz również kreuje wartość dodaną. W wielu przypadkach MŚP oferują bowiem niższe ceny i bardziej elastyczne formy współpracy z kontrahentami niż wielkie przedsiębiorstwa. Ograniczenie barier dla MŚP w dostępie do zamówień publicznych pozwoli na:

- zwiększenie konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne, co może umożliwić zamawiającym oszczędne wydatkowanie środków finansowych,
- wzrost liczby przedsiębiorstw z sektora MŚP wśród zwycięzców postępowań, co przekłada się na trwały rozwój tego sektora rynku,
- zwiększenie różnorodności świadczeń oferowanych zamawiającym, co wpłynie na wzrost spektrum i innowacyjności dostępnych dóbr.

Udział MŚP w rynku zamówień publicznych przynosi wiele korzyści również przedstawicielom tego sektora. Po pierwsze, zamówienia publiczne niosą ze sobą stabilne i przewidywalne źródło wynagrodzenia. Daje to możliwość racjonalnego planowania przez MŚP źródeł przychodów, inwestowania w nowe technologie, sprzęt oraz rozwijania zatrudnienia. Ponadto współpraca MŚP z zamawiającymi przyczynia się w znaczący sposób do budowania renomy przedsiębiorstwa. Niezwykle ważnym czynnikiem, który poza omawianymi niżej propozycjami, będzie stanowił wsparcie dla MŚP jest elektronizacja zamówień publicznych. Wprowadzenie rozwiązań korzystnych dla tego sektora, w powiązaniu z przejrzystą, bardziej dostępną procedurą przeprowadzaną w postaci elektronicznej, pozwoli w większym stopniu włączyć się przedsiębiorcom z sektora MŚP w rynek zamówień publicznych. Zgodnie z danymi GUS, w 2017 r. udział podmiotów gospodarczych posiadających dostęp do Internetu wyniósł 94,8% i notuje systematyczny wzrost od 2015 r., kiedy ten współczynnik wynosił 92,7%. Małe przedsiębiorstwa, wpisują się w ten trend. W 2015 r. 91,4% tych przedsiębiorstw posiadało dostęp do Internetu. W 2017 r. odsetek ten wzrósł do 93,8%. Średnie przedsiębiorstwa również zanotowały wzrost w dostępie do Internetu, od stanu 98,4% w 2015 r. do 99,1% w 2017 r. Z roku na rok rośnie również ilość aktywnych kwalifikowanych podpisów elektronicznych, których w roku 2017 było według danych Ministerstwa Cyfryzacji ponad 400 tysięcy.

Wśród całego sektora MŚP, jak wynika z rozmów przeprowadzonych z uczestnikami rynku zamówień publicznych oraz dostępnych badań¹², jako główne bariery w dostępie do udziału w przetargach publicznych wskazywane są:

- stosowanie najniższej ceny jako dominującego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty,
- skomplikowane, wymagające i kosztowne procedury oraz biurokratyczne rozwiązania legislacyjne,
- niekorzystne postanowienia umowne – brak równości stron (kary umowne, warunki wykonania zamówienia, wadium i gwarancje należytego wykonania umowy), obciążanie wykonawcy jednostronnie ryzykiem kontraktowym i brak wpływu na konkretyzację przedmiotu zamówienia,

¹² Zamówienia publiczne dla małych i średnich przedsiębiorców. Raport końcowy. Biostat na zlecenie Rady Dialogu Społecznego, sierpień 2017.

- wysokie wymagania w zakresie poziomu kwalifikacji, preferowanie dotychczasowych wykonawców,
- niejasny lub błędny opis przedmiotu zamówienia,
- zbyt duże rozmiary udzielanego zamówienia.

Tak zdefiniowane bariery pozwoliły na sformułowanie poniższych propozycji, które wraz z pozostałymi rozwiązaniami zwiększającymi konkurencyjność, wprowadzeniem procedury uproszczonej czy usprawnieniami systemu środków ochrony prawnej pozwolą na zwiększenie udziału MŚP w rynku zamówień publicznych.

1) Możliwość zarezerwowania zamówień podprogowych dla MŚP

Jak już wskazano wyżej, udział sektora MŚP w zamówieniach poniżej progów unijnych jest znacznie niższy niż ich potencjał rynkowy. Problemem są często nieodpowiednio dobrane warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia, potencjału kadrowego i finansowego; brak podziału zamówienia na części; kwestie związane z opisem przedmiotu zamówienia. Dlatego, aby lepiej wykorzystać potencjał całego sektora, rozważane są następujące propozycje dotyczące zastrzeżenia zamówień dla MŚP w przypadku zamówień o wartości niższej niż progi UE.

Propozycja do dyskusji 4

Propozycje dotyczące zamówień zastrzeżonych dla MŚP

- możliwość wskazania przez zamawiającego, że w danym postępowaniu mogą uczestniczyć jedynie wykonawcy należący do grona MŚP,
- przyznanie określonej puli zamówień, np. 30%, dokonywanych u poszczególnych zamawiających na poziomie poniżej progów unijnych, tylko dla MŚP, co każdy zamawiający musiałby uwzględnić w swoim planie zamówień na dany rok.

Działania służące wsparciu MŚP nie prowadzą do bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, ponieważ uprzywilejowane traktowanie podmiotów z tego sektora nie dotyczy przynależności państwowej, a tylko rozmiaru działalności. Promocja MŚP jest jednym z celów strategicznych dla całej Unii Europejskiej. Konieczność wzmacniania całego systemu zamówień publicznych pod kątem włączania MŚP to zadanie realizowane w wielu krajach Unii.

European Small Business Alliance podczas konsultacji nowych dyrektyw unijnych wskazywało¹³, że zamówienia zarezerwowane dla MŚP są jednym z realnych narzędzi zwiększających dostęp do rynku dla tych przedsiębiorców. Przyznanie określonej puli zamówień sektorowi ułatwia wzięcie udziału w przetargach. Jednocześnie pozwala w większym stopniu wykorzystać olbrzymią rolę, jaką mali i średni przedsiębiorcy mogą odgrywać w zwalczaniu skutków kryzysów ekonomicznych.

¹³ ESBA position on the Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on public procurement, replacing Directive 2004/18/EC (COM 2011/896)

Rozwiązania podobne do opisywanego znane są w innych krajach, w szczególności poza Unią Europejską (Meksyk, Korea i Japonia), ale również wewnątrz UE. Przykładem mogą być preferencje przyznane MŚP we Francji w odniesieniu do niektórych zamówień, na mocy art. 26 ustawy o modernizacji gospodarki. Niektórzy zamawiający uzyskali możliwość stosowania preferencyjnych zasad traktowania wykonawców należących do sektora badawczo-rozwojowego w wymiarze 15% rocznej wartości zamówień danego rodzaju udzielonych w ostatnich trzech latach.

W Niemczech w poszczególnych landach, między innymi Brandenburgii, czy Saksonii regulacje dotyczące zamówień publicznych zawierają postanowienia, które wprost wskazują, że w postępowaniach w sprawach zamówień publicznych uwzględnia się zwłaszcza interesy MŚP. Podmioty te traktowane są preferencyjnie zarówno bezpośrednio, jak i na poziomie podwykonawców.

Proponowane do dyskusji rozwiązania będą stanowić wsparcie dla przedsiębiorców sektora MŚP w zdobywaniu doświadczenia w realizacji zamówień oraz umożliwią im zdobycie zamówień w mniej skomplikowanej formie, co wiąże się z koniecznością dostosowania warunków do ich możliwości. Rozwiązanie polegające na rezerwacji określonej puli zamówień dla MŚP będzie sprzyjać kreowaniu aktywnej postawy zamawiających przy formułowaniu i planowaniu zamówień, tak by uwzględnić możliwości i ofertę sektora MŚP. Jest to istotne zwłaszcza z uwagi na fakt, że częstym powodem rezygnacji MŚP z udziału w przetargach jest przekonanie, że nie mają szans na uzyskanie zamówienia lub oferują produkty, których przetargi nie dotyczą.

2) Rzecznik MŚP

Propozycja do dyskusji 5

Propozycja udziału Rzecznika MŚP w postępowaniu odwoławczym

Proponuje się poddać pod dyskusję nadanie Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców uprawnień analogicznych do tych, jakie przysługują podmiotom wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej. Rzecznik MŚP miałby możliwość wnoszenia odwołań do KIO w imieniu wykonawców, jeżeli będzie to uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym, na przykład gdy istnieje ważne zagadnienie prawne wymagające rozstrzygnięcia.

3) Zasada podziału zamówienia na części

Obecnie regulacja odnosząca się do uzasadnienia braku podziału zamówienia na części umiejscowiona jest w przepisach dotyczących protokołu postępowania. Uregulowanie kwestii podziału zamówienia na części w przepisach dotyczących przygotowania postępowania zwiększy przejrzystość ustawy oraz ułatwi wykonawcom korzystanie ze środków ochrony prawnej w przypadku zaniechania przez zamawiającego dokonania podziału zamówienia na części. Zamawiający będzie musiał wskazać w opisie przedmiotu zamówienia czy zamówienie podlega podziałowi na części i uzasadnić ewentualny brak podziału. Odstąpienie od podziału może być uzasadnione, gdy podział na części stanowi ryzyko ograniczenia konkurencji albo skutkuje trudnościami technicznymi lub organizacyjnymi, lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia.

4) Sposób płatności za wykonywanie zamówienia - zaliczki i częściowe płatności

Ekwiwalentem świadczeń wykonawcy zamówienia publicznego jest zapłata przez zamawiającego. O ile samo otrzymanie zapłaty od zamawiającego nie wiąże się z ryzykiem dla wykonawcy, to sposób zapłaty może być źródłem utrudnień w dostępie do rynku, zwłaszcza dla MŚP. Z drugiej strony właściwie ukształtowana regulacja sposobów płatności może być użytecznym instrumentem ułatwiającym ubieganie się o zamówienie publiczne. Polepszenie warunków płatności za zamówienie powinno stanowić zachętę do większego udziału MŚP w rynku zamówień publicznych.

a. Obowiązek częściowych płatności

Proponowane jest wprowadzenie obowiązku zawarcia w umowie o zamówienie publiczne postanowień obligujących do dokonania płatności po wykonaniu odpowiednich części zamówienia, jeżeli zamówienie składa się z części lub etapów, o ile zamawiający nie przewidział w danym postępowaniu możliwości udzielenia zaliczek. Obowiązek będzie dotyczył kontraktów trwających dłużej niż 12 m-cy. Jednocześnie zamawiający w postanowieniach umownych powinien, w przypadku gdy przewiduje częściowe płatności, zawrzeć wskazania dotyczące tego jaki procent ceny będzie wypłacany za poszczególne części.

Projektowana zmiana umożliwiłaby składanie ofert wykonawcom, którzy mają trudności z zabezpieczeniem pełnej puli środków potrzebnych do realizacji całości zamówienia, chociaż dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i doświadczeniem koniecznym do jego realizacji. Nie tylko zwiększy to dostępność MŚP do rynku zamówień publicznych, ale może także wpłynąć na zwiększenie liczby ofert w postępowaniach, a co za tym idzie wzrost konkurencji i możliwości wyboru najlepszego wykonawcy. Zamawiający będzie miał prawo odstąpić od podzielenia wynagrodzenia na części, jeżeli z natury danej umowy lub właściwości przedmiotu umowy wynikało będzie, że jest to nieuzasadnione.

b. Zwiększenie zakresu udzielania zaliczek

Proponuje się także zwiększenie zakresu udzielanych zaliczek na poczet realizacji zamówienia. Możliwość udzielania zaliczek została aktualnie przewidziana w art. 151a Pzp. Została ona jednak uzależniona od woli zamawiającego oraz wcześniejszego przewidzenia możliwości udzielenia zaliczki w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Obowiązujące w tym zakresie przepisy wskazują na możliwość udzielania zaliczek jedynie w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 12 m-cy.

Analogicznie jak w przypadku częściowych płatności zamawiający miałby obowiązek przewidzenia możliwości udzielenia zaliczki w przypadku zamówień, które będą realizowane w częściach lub etapach dla umów trwających dłużej niż 12 m-cy. Byłoby to rozwiązanie alternatywne, tzn. zamawiający przewidywałby albo udzielenie zaliczek albo częściowych płatności.

Ponadto proponuje się dopuszczenie możliwości udzielenia zaliczki w postępowaniach prowadzonych w trybach negocjacyjnych bez ogłoszenia.

Wykorzystanie instytucji zaliczek może przyczynić się do znacznego zwiększenia konkurencyjności, ponieważ otrzymanie zaliczki umożliwia wykonawcom realizację zamówienia publicznego ze środków zamawiającego, bez konieczności kredytowania przedmiotowego zamówienia do czasu jego zakończenia. W efekcie możliwe jest także obniżenie cen ofert.

5) Obniżenie opłat sądowych od skarg

W ocenie zdecydowanej większości uczestników rynku zamówień publicznych na zbyt wysokim poziomie pozostaje wysokość opłaty od skargi na orzeczenie KIO. Powoduje to iluzoryczność drugiej instancji w sprawach o zamówienia publiczne, którą potwierdza bardzo niski odsetek skarg na orzeczenia KIO rozpatrywanych przez sądy okręgowe. Taka sytuacja, poza ograniczeniem uprawnień wykonawców, przekłada się również na zmniejszenie kontroli instancyjnej orzecznictwa KIO, co ma negatywny wpływ na jakość i jednolitość orzecznictwa.

W 2017 roku wniesiono do sądów 159 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co daje 6% w stosunku do liczby odwołań rozpoznanych w 2017 r. przez składy orzekające. W poprzednich latach było to odpowiednio: 2016 – 130 (5,2%), 2015 – 179 (6,7%), 2014 r. – 133 (5,1%), 2013 r. – 144 (5,2%), 2012 r. – 152 (5,9%), a w 2011 r. – 148 (6%). W 2016 roku rozpoznano 44 skargi, tylko 5 skarg zostało uwzględnionych, 13 zaś oddalono. Przed 2010 r. kiedy wprowadzono wysokość opłaty od skargi na obecnym poziomie, zaskarżalność orzeczeń KIO, a wcześniej Zespołów Arbitrów kształtowała się na poziomie kilkunastu procent. Zaskarżalność na tym poziomie z pewnością będzie stanowiła o efektywności tego środka ochrony prawnej.

Nie bez znaczenia w tym aspekcie pozostaje też orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 2014 r. Wskazuje na częściową niekonstytucyjność przepisów ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych odnoszących się do wysokości opłaty od skargi.

Biorąc powyższe pod uwagę proponuje się obniżenie opłat od skarg do trzykrotności obecnej opłaty od odwołania, co zapewniłoby większą dostępność korzystania ze skargi na orzeczenie KIO, w szczególności dla MŚP.

6) Negocjowanie treści ofert w trybie negocjacji z ogłoszeniem i partnerstwa innowacyjnego

W trybach negocjacyjnych rokowania skupione są wokół postanowień SIWZ – ich przedmiotem może być wyłącznie doprecyzowanie i uzupełnienie przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy. Dyrektywa klasyczna pozwala na negocjowanie z oferentami treści ofert w celu dostosowania ich do wymagań zamawiającego, czego nie przewiduje wprost polska ustawa. Zgodnie z art. 29 dyrektywy klasycznej zamawiający mogą negocjować z wykonawcami oferty wstępne i późniejsze, z wyjątkiem oferty ostatecznej. Oferenci mogliby wtedy poprawić błędy, doprecyzować oferty i dokonać odpowiednich korekt.

Proponowane rozwiązanie umożliwi lepsze przygotowanie ofert.

7) Informacja zwrotna

Propozycja do dyskusji 6

Propozycja informacji zwrotnej

Proponujemy rozważenie wprowadzenia nowego rozwiązania polegającego na dodatkowym spotkaniu zamawiającego z wykonawcami po wyborze oferty najkorzystniejszej, przeprowadzanego na wniosek wykonawcy.

Z uwagi, że na tym etapie istnieje możliwość złożenia odwołania, powinien zostać wprowadzony obowiązek rejestracji spotkania, aby wyeliminować ryzyko niezasadnych interpretacji wyjaśnień zamawiającego. Ponadto zamawiający miałby obowiązek zaproszenia na spotkanie wszystkich wykonawców tak by zapewnić równość wykonawców i konkurencyjność w postępowaniu. Spotkanie na tym etapie mogłoby powodować zmniejszenie liczby odwołań.

Alternatywnie poddajemy pod dyskusję propozycję zorganizowania spotkania na wniosek wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, już po zawarciu umowy z innym wykonawcą. Spotkanie miałoby walor edukacyjny.

Propozycja zmierza do zapewnienia lepszej współpracy stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pozwoli wykonawcom na pogłębienie wiedzy na temat sposobu organizacji zakupów publicznych oraz na lepsze przygotowanie się do postępowań w przyszłości.

8) Propozycja integracji rejestrów

Zgodnie z obowiązującym art. 26 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp tj.:

- spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- brak podstaw wykluczenia.

Obecnie wykonawca musi uzyskać stosowne dokumenty, np. potwierdzenie niekaralności z krajowego rejestru karnego, zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków itd. Po wszystkie te dokumenty wykonawca musi zgłosić się do kilku oddzielnych organów.

Proponuje się wyposażenie jednego organu (koordynującego) w możliwość weryfikacji informacji na ten temat/ewentualnie uzyskania takich informacji od właściwych organów i wystawienia dowodów w tym zakresie. Proponuje się, aby takim organem był Punkt Informacji dla Przedsiębiorców, a CEIDG systemem, który posiada dostęp do wszystkich koniecznych rejestrów i wystawia odpowiednie potwierdzenia.

W tej chwili CEIDG integruje już informacje dotyczące m.in. nr NIP, REGON oraz posiadanych zezwoleń. W zakresie informacji o niekaralności jest dostępna informacja o braku zakazów lub istnieniu zakazów dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Nie jest to jednak wystarczające w przypadku weryfikacji braku przesłanek wykluczenia. Konieczne jest zatem rozszerzenie funkcjonalności CEIDG o pozyskiwanie niezbędnych informacji w tym zakresie. Ze wstępnych analiz wynika, że konieczne byłoby również podłączenie CEIDG do bazy danych o niezaleganiu z podatkami i składkami. Dla pełnej

realizacji propozycji konieczne jest także zapewnienie wymiany danych między CEIDG a KRS.

Obecnie, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii prowadzi prace, które umożliwią uzyskanie z CEIDG, za pośrednictwem Punktu Informacji dla Przedsiębiorcy zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz zaświadczenia o niezaleganiu z realizacją ciążących na nim zobowiązań podatkowych, a także uiszczenie opłaty skarbowej za wydanie ww. zaświadczeń. Działania dotyczące integracji rejestrów zostały już zatem zainicjowane.

Propozycja wystawiania jednego zaświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przyczyni się do realizacji zasady korzystania przez organy administracji publicznej z posiadanych już danych.

Po wprowadzeniu proponowanego rozwiązania wykonawca zwracałby się tylko do jednego organu, aby uzyskać dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów żądanych przez zamawiających od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia. Docelowo informacja o braku podstaw do wykluczenia byłaby przekazywana elektronicznie. Dzięki temu zamawiający mogliby w ciągu kilku minut zweryfikować brak podstaw do wykluczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w danym postępowaniu.

Możliwość uzyskania potwierdzenia wszystkich podstawowych informacji dotyczących prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności stanowiłaby ułatwienie nie tylko w obszarze zamówień publicznych, ale też w prowadzeniu działalności gospodarczej w pozostałym zakresie.

9) Certyfikacja

Zgodnie z art. 64 ust. 1 dyrektywy klasycznej, państwa członkowskie mogą ustanowić lub prowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców, dostawców lub usługodawców albo przewidzieć ich certyfikację przez jednostki certyfikujące spełniające wymogi europejskich norm certyfikacji w rozumieniu załącznika VII. Z powyższego uprawnienia korzysta wiele krajów członkowskich, w tym m.in.: Wielka Brytania, Francja, Niemcy, Czechy czy Słowacja. Dotychczas jednak tego typu rozwiązania nie zostały wprowadzone w Polsce.

System certyfikacji polega na umożliwieniu wykonawcom weryfikacji ich potencjału podmiotowego oraz braku podstaw do wykluczenia przez instytucję certyfikującą. Dzięki temu w samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli potencjał podmiotowy wykonawcy odpowiada warunkom zamawiającego, wykonawca może przedłożyć na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia jedynie jeden dokument certyfikatu, zamiast całego szeregu dokumentów.

Propozycja do dyskusji 7

Propozycja certyfikacji wykonawców

Proponowane jest rozważenie wprowadzenia systemu certyfikacji, który w wybranych dziedzinach (w pierwszym rzędzie w robotach budowlanych, w dalszej kolejności w usługach) kategoryzowałby zamówienia w zależności od ich rodzaju i wielkości,

wskazując, jakie warunki musiałby spełniać dany podmiot, aby otrzymać certyfikat. Certyfikat mógłby otrzymać każdy przedsiębiorca, Nie wykluczałoby to uznawania certyfikatów równoważnych i środków dowodowych w przypadku innych wykonawców, którzy nie poddali się certyfikacji. System certyfikacji objąłby weryfikację warunków udziału w postępowaniu, gdyż brak podstaw do wykluczenia potwierdzałoby w całości zaświadczenie uzyskiwane elektronicznie z Punktu Informacji Przedsiębiorców. Wykonawcy pod rygorem sankcji karnej nie mogliby posługiwać się certyfikatem, jeżeli dane określone w certyfikacie utraciły ważność.

Odpowiedzialnym za stworzenie ww. systemu certyfikacji oraz późniejszą weryfikację podmiotową wykonawców oraz wydawanie certyfikatów ubiegania się o udzielenie zamówienia danej kategorii byłaby jednostka publiczna. Dzięki temu wydawanie certyfikatów byłoby bezpłatne dla wykonawców.

Wprowadzenie systemu certyfikacji w powyższym kształcie niesłoby za sobą szereg korzyści. Wśród nich można wymienić m.in.:

- uproszczenie ubiegania się o udzielenie zamówienia dla wykonawców posiadających certyfikat;
- skrócenie czasu prowadzenia postępowania oraz zmniejszenie ilości obowiązków po stronie zamawiających;
- ujednolicenie wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu – różni zamawiający prowadząc postępowania na typowe roboty budowlane czy usługi (w przyszłości również dostawy) mieliby takie same wymagania dotyczące warunków udziału w postępowaniu, których standardy byłyby określone w wymaganiach do uzyskania certyfikatów.

Wprowadzenie systemu certyfikacji wykonawców powinno zostać dokonane w taki sposób, aby nie powodowało utrudnienia dostępu do rynku zamówień publicznych dla MŚP. Przedsiębiorcy przechodziliby certyfikację raz na pewien czas, a w konsekwencji znacząco zmniejszyłaby się ilość dokumentów, o jakich złożeniu muszą pamiętać w ramach poszczególnych postępowań. Bezpłatny proces certyfikacji spowodowałoby, że ubieganie się o certyfikat nie byłoby przeszkodą nawet dla najmniejszych przedsiębiorców. Korzyścią dla wykonawców z sektora MŚP byłoby również ujednolicenie wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu, dzięki czemu łatwiej mogliby zidentyfikować zamówienia, o które mogą się ubiegać, a w związku z tym również poszerzać skalę swojej działalności. Ujednolicenie warunków udziału w postępowaniu dla poszczególnych kategorii zamówień powinno być dokonane w taki sposób, aby nie były one zbyt wygórowane dla MSP, umożliwiając im rozwój i uzyskiwanie coraz większych zamówień.

15. Środki ochrony prawnej

Rozwiązania przyjęte w zakresie środków ochrony prawnej przewidziane w polskim systemie zamówień publicznych, tak instytucjonalne jak i procesowe, statuują je na wysokiej pozycji pośród rozwiązań przyjmowanych w innych państwach członkowskich UE, w szczególności ze względu na ich szybkość i efektywność. Powyższe nie oznacza jednak, że nie są zauważalne pewne słabe strony aktualnie obowiązujących w tej sferze regulacji. Zniwelowanie tych mankamentów mogłoby wpłynąć korzystnie na efektywność polskich

zamówień publicznych, jak również dać przedsiębiorcom lepsze gwarancje ochrony ich interesów.

Nowa ustawa, zawierająca również regulacje procesowe, będzie odpowiadała na te oczekiwania. Spełni również normy prawa europejskiego wyrażone w dyrektywach odwoławczych, co do szybkiego, efektywnego i skutecznego systemu odwoławczego w państwie członkowskim, zapewniającego przedsiębiorcom adekwatną kontrolę nad czynnościami i zaniechaniami zamawiającego podejmowanymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nowa regulacja pozwoli na bardziej efektywne dochodzenie roszczeń odszkodowawczych związanych z nieuzyskaniem zamówienia, również w ramach procedury odwoławczo-skargowej, niezależnie od roszczeń rozpoznawanych na podstawie przepisów ogólnych kodeksu cywilnego.

1) Status Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) jest stałym organem wyłącznie właściwym do rozpoznawania w pierwszej instancji odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 172 ust. 1 ustawy Pzp). Aktualnie obowiązujące przepisy nie definiują statusu ani charakteru Izby z punktu widzenia krajowego systemu organów i porządku prawnego. Brak tych regulacji może mieć negatywne skutki przede wszystkim dla ewentualnego dochodzenia roszczeń od KIO przez uczestników postępowania odwoławczego. Proponuje się zatem wprowadzenie regulacji określającej charakter podmiotowy Krajowej Izby Odwoławczej w systemie organów władzy publicznej.

Ponadto, ze względu na fakt, iż sprawy z zakresu zamówień publicznych rozpoznawane przez Izbę są sprawami skomplikowanymi – nie tylko z uwagi na trudności związane ze specyfiką przepisów ustawy Pzp, ale również z powodu złożonych stanów faktycznych – zasadne jest wprowadzenie dodatkowych wymogów dla członków Izby, tj.: posiadania wyższych kwalifikacji (kompetencji sędziowskich lub uprawnień odpowiednich dla adwokatów lub radców prawnych) oraz praktycznego doświadczenia zawodowego związanego z zamówieniami publicznymi.

Uzasadnione jest również wprowadzenie regulacji zapobiegających konfliktowi interesów po ustaniu pełnienia funkcji w KIO.

Ponadto zasadnym wydaje się zrównanie sytuacji członków KIO w zakresie podjęcia innego zajęcia z sędziami sądów powszechnych poprzez wprowadzenie regulacji na kształt przewidzianych w ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 23).

Proponuje się również wprowadzenie wewnętrznego (Prezes KIO) i zewnętrznego (Prezes UZP) nadzoru administracyjnego nad działalnością administracyjną KIO w zakresie właściwego ładu wewnętrznego urzędowania KIO na wzór regulacji dotyczących sądów przewidzianych w w/w ustawie Prawo o ustroju sądów powszechnych.

2) Rozwiązania służące ujednoliceniu orzecznictwa

a. Uchwały Zgromadzenia Ogólnego członków KIO

Proponuje się wprowadzenie do nowej ustawy Pzp przepisów przyznających możliwość podejmowania wiążących uchwał przez Zgromadzenie Ogólne członków KIO co

do kierunków orzecznich. Rozwiązanie to przyczyni się do wypracowywania spójnego orzecznictwa w kwestiach istotnych dla systemu zamówień publicznych.

b. Składy trzyosobowe

Ujednoliceniu orzecznictwa posłuży również wprowadzenie zasady rozpoznawania przez Izbę odwołań w składzie trzyosobowym. Powyższe rozwiązanie pozwoli na szerszą wymianę poglądów pomiędzy członkami Izby, a co za tym idzie – przyczyni się do wzmocnienia jednolitości orzecznich. Jednocześnie proponuje się, aby Prezes KIO w sprawach o małej złożoności mógł zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie jednoosobowym. Proponowana regulacja zapewni możliwość zarządzania Izbą w sposób elastyczny.

3) Usprawnienie postępowania odwoławczego

Uzasadnione jest zachowanie obecnego modelu postępowania odwoławczego. Proponuje się jednak wprowadzenie rozwiązań mających na celu jego usprawnienie.

a. Rozszerzenie środków ochrony prawnej

• Odwołania w postępowaniach dla zamówień niższych niż progi UE

Za uzasadnione należy uznać uregulowanie kwestii dopuszczalności składania odwołań w postępowaniach o wartości poniżej progów UE, analogicznie do postępowań o wartości równej lub wyższej od progów stosowania dyrektyw.

Niezależnie od powyższego proponuje się jednoznaczne uregulowanie kwestii dopuszczalności wniesienia odwołania w postępowaniach na zamówienia społeczne i inne szczególne usługi o wartości mniejszej niż progi stosowania dyrektyw.

• Zaskarżanie postanowień umownych

Wprowadzenie do nowej ustawy regulacji odnoszących się do wzorców umów w sprawie zamówienia publicznego i kształtowania ich zgodnie z zasadą proporcjonalności, jak też wprowadzenie katalogu klauzul abuzywnych pozwoli Izbie na większą efektywność orzecznich w sprawach, w których wzory umów zawierają regulacje nie tylko ograniczające konkurencję i prowadzące do nierównego traktowania wykonawców, ale również w tych wzorcach, w których warunki umowne są kształtowane jednostronnie – wyłącznie na korzyść zamawiającego.

• Nadanie uprawnień Rzecznikowi MSP do wystąpienia z odwołaniem

Proponuje się poddać pod dyskusję nadanie uprawnień Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców analogicznych, jakie przysługują podmiotom wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (*vide* również pkt IV.14.2 koncepcji). Takie rozwiązanie ułatwi małym i średnim przedsiębiorcom korzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. w sytuacji kiedy z perspektywy przedsiębiorcy zainteresowanego ubieganiem się o zamówienie nie jest uzasadnione ujawnianie się zamawiającemu. Powyższe tym samym przyczyni się do zwiększenia konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne.

b. Elektronizacja postępowania odwoławczego

Celem ułatwienia korzystania ze środków ochrony prawnej proponuje się złagodzenie rygorów dotyczących wnoszenia odwołania w formie elektronicznej poprzez dopuszczenie możliwości złożenia odwołania elektronicznie, za pośrednictwem ePUAP przy użyciu profilu zaufanego – bez konieczności podpisania kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Docelowo planowane jest umożliwienie wnoszenia odwołań za pośrednictwem platformy e – zamówień.

Istotnym rozwiązaniem będzie również wprowadzenie elektronicznego protokołu rozprawy przed KIO na wzór rozwiązań funkcjonujących w sądach powszechnych. Celem usprawnienia prowadzenia postępowania odwoławczego i zapewnienia jego pełnej transparentności proponuje się też wprowadzenie zasady nagrywania przebiegu posiedzenia i rozprawy przy pomocy aparatury utrwalającej obraz i/lub dźwięk – również analogicznie jak to zostało uregulowane w przepisach dotyczących postępowań przed sądem powszechnym. W związku z tym rekomenduje się rezygnację ze sporządzania pisemnego protokołu z posiedzenia i rozprawy w dotychczasowym kształcie. Powyższa zmiana wpisuje się w tendencję elektronicznej wymiaru sprawiedliwości i umożliwi wierne odzwierciedlenie przebiegu rozprawy. Powyższe z jednej strony ułatwi i przyspieszy prowadzenie posiedzenia i rozprawy przed KIO, z drugiej zaś ułatwi dostęp do akt sprawy odwoławczej.

c. Usprawnienia proceduralne

• Uporządkowanie zagadnień związanych z posiedzeniem niejawnym

Za uzasadnione należy również uznać uporządkowanie kwestii związanych z posiedzeniem niejawnym przed KIO. Każde posiedzenie, za wyjątkiem spraw, w których może być ujawniona informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych lub informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych, powinno być prowadzone w sposób jawny, tj. przy umożliwieniu udziału publiczności. W tym zakresie aktualnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp, jak i rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 z późn. zm.), wymagają zmiany poprzez ujednolicenie stosowanej terminologii. Nowa regulacja będzie zawierała w tym zakresie spójne rozwiązania.

• Rozbudowanie regulacji dotyczącej postępowania dowodowego

Obowiązujące przepisy w stopniu niewystarczającym regulują postępowanie dowodowe przed Izłą. Wskazane jest doprecyzowanie zasad udziału biegłych w postępowaniu. Dopracowane zostaną również przepisy dotyczące przeprowadzania dowodów w postępowaniu odwoławczym, np. przesłuchania świadków i ich pouczenia, stosowania środków dyscyplinujących w przypadku ignorowania wezwań Izby.

Rozważenia wymaga wprowadzenie regulacji w zakresie zgłaszania wniosków dowodowych na wzór postępowania cywilnego.

Propozycja do dyskusji 8

Prekluzja dowodowa

Proponuje się, aby wnioski dowodowe były zgłaszane już w odwołaniu (przez wykonawcę) oraz w odpowiedzi na odwołanie (przez zamawiającego), pod rygorem ich pominięcia na późniejszym etapie postępowania odwoławczego. Późniejsze zgłoszenie wniosków byłoby możliwe, gdy strona uprawdopodobni, że ich niezgłoszenie we wskazanych pismach było niezawinione lub że uwzględnienie spóźnionych wniosków dowodowych nie spowoduje zwłoki w rozpoznawaniu sprawy, albo że występują inne wyjątkowe okoliczności.

Ponadto proponuje się wprowadzenie do nowej ustawy Pzp przepisów, które mają charakter ustawowy a aktualnie zawarte są w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 z późn. zm.), np. sporządzenie zdania odrębnego, ogłaszanie formalnego postanowienia KIO, wezwanie przystępującego do złożenia sprzeciwu.

d. Uwzględniania odwołań przez zamawiającego

Proponuje się wprowadzenie efektywnego instrumentu, który będzie pozwalał na załatwienie sprawy bez ponoszenia kosztów i nadmiernego angażowania organów orzekających w sytuacji, w której strony i uczestnicy postępowania są zgodni co do sposobu rozstrzygnięcia sporu (uwzględnienie odwołania przy braku sprzeciwu przystępującego). Aktualnie sprawnie funkcjonuje rozwiązanie, które pozwala na umorzenie postępowania odwoławczego bez konieczności ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego przez strony zasadniczo jedynie w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego wszystkich zarzutów odwołania. Częściowe uwzględnianie zarzutów, pojawiające się w praktyce dość często przy odwołaniach na postanowienia SIWZ, aktualnie pozwala na bezkosztowe zakończenie sprawy odwoławczej jedynie w przypadku wycofania przez wykonawcę pozostałej części zarzutów odwołania. Powyższe rozwiązanie wymaga usprawnień, które możliwe będzie dzięki wprowadzeniu nowych rozwiązań w zakresie formułowania przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie uwzględniającej zarzuty odwołania i czasu jej wniesienia do KIO.

e. Zakaz zawarcia umowy

Utrzymaniu zasadniczej treści regulacji dotyczących zakazu zawarcia umowy oraz możliwości jego uchylenia przez KIO powinno towarzyszyć wprowadzenie nowej przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy w przypadku nadużywania prawa do wnoszenia odwołań jedynie w celu uniemożliwienia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wprowadzenie ww. przesłanki będzie miało na celu przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego przez wykonawców. W 2016 r. KIO wydała 22 postanowienia w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym: 14 postanowień odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (64%), 3 postanowienia uchylające zakaz zawarcia umowy (13%) oraz 6 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (23%). Ze wskazanych danych wynika, że KIO w znaczącej ilości przypadków utrzymuje w mocy zakaz zawarcia umowy.

f. Efektywność orzeczeń KIO

W celu podniesienia jakości wydawanych orzeczeń proponuje się uregulowanie terminu na sporządzenie uzasadnienia do orzeczenia KIO. Aktualnie w ustawie wskazany jest jedynie termin – w większości przypadków trudny do zachowania – na przesłanie orzeczenia stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom.

Przewiduje się również wprowadzenie regulacji odnoszących się do wykonania czynności nakazanych przez KIO w wyroku uwzględniającym odwołanie. W aktualnie obowiązujących przepisach brakuje takich rozwiązań, które pozwalałyby wykonawcy domagać się od zamawiającego w określonym terminie wykonania nakazanych przez Izbę czynności. Regulacje dotyczące stwierdzenia wykonalności wyroku KIO oraz klauzuli wykonalności nie zapewniają wykonawcom skutecznego zabezpieczenia ich interesów. Tym samym rozwiązanie, dzięki któremu zostanie określony czas na wykonanie czynności nakazanych

przez KIO oraz określone skutki niewykonania tych czynności doprowadzi do większej efektywności postępowania odwoławczego.

4) Skarga na orzeczenia KIO i postępowania skargowe

Aktualnie obowiązujące regulacje odnoszące się do skargi i postępowania skargowego nie są obszerne. Praktyka postępowań skargowych wskazuje na konieczność wprowadzenia w tym zakresie nowych unormowań, przede wszystkim dotyczących procedury rozpoznawania skarg, ale również unormowań instytucjonalnych, odnoszących się do podmiotu rozpoznającego skargi na orzeczenia KIO.

a. Właściwy organ

Wychodząc naprzeciw zasadnym postulatom o spójność orzecznictwa, proponuje się ustanowienie jednego sądu wyłącznie właściwego rzeczowo i funkcjonalnie do rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO. Aktualne rozwiązanie, zgodnie z którym skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby zamawiającego powoduje, że właściwymi do rozpoznawania skarg są sądy, dla których takie sprawy stanowią jedynie niewielki ułamek w stosunku do całości rozpoznawanych spraw. Taka sytuacja niewątpliwie nie sprzyja jednolitości orzecznictwa, jak również powoduje znaczące zróżnicowanie czasu rozpoznania sprawy ze skargi – w zależności od sądu, w którym skarga jest rozpoznawana. Stworzenie jednego sądu zamówień publicznych, funkcjonującego na podobnych zasadach jak sąd ochrony konkurencji, pozwoli na sprawne rozpoznawanie skarg na orzeczenia KIO z jednoczesną specjalizacją orzekających, prowadzącą do jednolitości orzecznictwa.

b. Obniżenie opłaty od skargi

Jak już wspomniano w punkcie 14.5 koncepcji, proponuje się obniżenie opłat sądowych od skarg na orzeczenia KIO. Zmiana ma na celu zwiększenie dostępu do środków ochrony prawnej. Proponuje się obniżenie opłaty sądowej przy wniesieniu skargi do wysokości trzykrotności wpisu wnoszonego od odwołania do KIO. Aktualnie obowiązująca opłata, tj. pięciokrotność wpisu wniesionego od odwołania, w sprawie której dotyczy skarga, uznawana jest przez większość wykonawców za istotną barierę utrudniającą korzystanie ze skargi. Zaskarżalność orzeczeń Izby na poziomie kilku procent nie zapewnia skutecznej kontroli orzecznictwa KIO.

c. Wydłużenie terminu na wniesienie skargi na orzeczenie KIO

Proponowane jest wydłużenie terminu na wniesienie skargi na orzeczenie KIO dla stron z 7 do 14 dni oraz terminu na wniesienie skargi na orzeczenie KIO przez Prezesa UZP do 30 dni. Uczestnicy rynku wskazują na zbyt krótki termin na wniesienie skargi na orzeczenie KIO.

d. Zakres zaskarżenia

Należy rozważyć wprowadzenie regulacji umożliwiającej zaskarżanie postanowień Prezesa KIO. Na gruncie procedury cywilnej dopuszczalne jest zaskarżanie zarządzeń przewodniczącego o zwrocie pozwu (art. 130 § 2 w zw. z art. 394 § 1 pkt 1 kpc). Aktualnie, w oparciu o przepis art. 198a ust. 1 ustawy Pzp, ugruntowała się praktyka odrzucania przez sądy okręgowe skarg na postanowienia Prezesa KIO o zwrocie odwołania, ze wskazaniem, że przepis ten wyraźnie ogranicza możliwość wniesienia skargi wyłącznie do orzeczeń KIO, a nie do orzeczeń jej Prezesa.

e. Rozszerzenie regulacji dotyczących procedury rozpoznania skarg

- **Doręczenie odpisu pełnomocnictwa dla strony przy pierwszej czynności przed KIO**

Pożądaną jest wprowadzenie regulacji zobowiązującej pełnomocników stron i uczestników postępowania odwoławczego do doręczenia odpisu pełnomocnictwa dla strony przy pierwszej czynności przed KIO (Prezesem KIO), a także wyraźnego dopuszczenia możliwości doręczenia odpisu skargi zarówno stronie jak również jednemu z pełnomocników ustanowionych przez nią przed KIO. Postulat ten wynika z problematycznej kwestii doręczeń odpisu skargi pełnomocnikom strony przeciwnej. Z jednej strony sądy uznają, że odpis skargi doręcza się tylko przeciwnikowi skargi, mając na uwadze literalne brzmienie przepisu i wywodząc, że dopiero wniesienie skargi do sądu inicjuje etap postępowania cywilnego, do którego zastosowanie mają przepisy kpc. Inne sądy orzekają, że gdy ustanowiono pełnomocnika procesowego lub osobę upoważnioną do odbioru pism sądowych, doręczenia należy dokonywać tym osobom. Aktualna niejednorodność orzecznictwa w tym zakresie wynika m.in. z odmiennego charakteru pełnomocnictw w postępowaniu odwoławczym przed KIO (pełnomocnictwo materialnoprawne, co oznacza, że pełnomocnikiem może być każdy kto posiada zdolność do czynności prawnych) i w postępowaniu skargowym (pełnomocnictwo procesowe – pełnomocnikiem może być wyłącznie osoba wymieniona w art. 87 kpc). Tymczasem, konsekwencje uznania przez sąd konieczności doręczania odpisu skargi pełnomocnikowi przeciwnika skargi są istotne dla skarżącego, gdyż powodują odrzucenie skargi i zamykają mu drogę do rozpoznania tego środka ochrony prawnej.

- **Ujednolicenie zasad ustalania kosztów zastępstwa procesowego**

Wobec niejednorodności orzecznictwa w zakresie orzekania przez sądy o kosztach zastępstwa procesowego – z jednej strony sądy za podstawę ustalenia wysokości wynagrodzenia pełnomocnika przyjmują wartość przedmiotu sporu, z drugiej zaś strony orzekają o wynagrodzeniu przyjmując stawkę właściwą dla postępowania ze skargi na orzeczenie sądu – zasadne jest wprowadzenie regulacji wskazującej, że do kosztów wynagrodzenia pełnomocnika stosuje się stawki wynikające z odpowiednich przepisów rozporządzeń w sprawach opłat za czynności radców prawnych albo adwokatów. Przyjmowanie przez sądy dwóch różnych podstaw wyliczania wynagrodzenia powoduje, że w tego samego typu sprawach wynagrodzenie profesjonalnych pełnomocników zasądzone jest w różnych kwotach.

f. Rozszerzenie kognicji sądu

Zasadnym wydaje się wprowadzenie rozwiązań pozwalających sądowi właściwemu do rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO na rozstrzygnięcie sprawy również w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego jest wykonana w całości. Aktualnie sądy okręgowe rozpoznające takie sprawy umarzają postępowanie wywołane skargą uznając, iż rozpoznanie sprawy stało się bezprzedmiotowe. Zmiany pozwolą wykonawcy na rozpoznanie jego skargi i uzyskanie orzeczenia stwierdzającego naruszenie przepisów ustawy, co z kolei może być podstawą do uzyskania przez przedsiębiorcę odszkodowania.

5) Odszkodowania

Proponowane jest wprowadzenie obowiązku zapłaty odszkodowania w stałej wysokości za szkodę wyrządzoną przez zamawiającego wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, w przypadku gdy sąd zmieni wyrok KIO na korzyść wykonawcy, a doszło już do zawarcia

umowy w sprawie zamówienia publicznego z innym wykonawcą, w związku z czym roszczenie wykonawcy o zawarcie z nim umowy stało się bezprzedmiotowe.

O odszkodowaniu i jego wysokości orzekałby sąd właściwy do rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO przy okazji rozpoznawania takiej skargi.

Wysokość odszkodowania byłaby ściśle określona. Odszkodowanie mogłoby wynosić 1% wynagrodzenia wskazanego przez wykonawcę w ofercie (ryczałt), z ograniczeniem kwotowym maksymalnej wysokości takiego odszkodowania do 100 tys. zł. Tak określona wysokość ryczałtu byłaby powiązana z opłacalnością realizacji zamówienia w odniesieniu do bilansowych wyników podmiotów gospodarczych¹⁴ oraz pozwalała wykonawcy na pokrycie kosztów opłaty sądowej, gdyby zdecydował się dochodzić przed sądem powszechnym pełnej wysokości odszkodowania.

Zasądzenie odszkodowania nie wymagałoby złożenia przez wykonawcę odrębnego wniosku ani wykazania dodatkowych okoliczności w zakresie poniesionej szkody. Sąd orzekałby o obowiązku zapłaty odszkodowania w wyroku uwzględniającym skargę na orzeczenie KIO. Od orzeczenia o obowiązku zapłaty odszkodowania przysługiwałby środek zaskarżenia na zasadach ogólnych, tylko w zakresie rozstrzygnięcia dotyczącym zasądzenia odszkodowania.

W przypadku gdy wartość poniesionej szkody byłaby wyższa niż zasądzone odszkodowanie w stałej wysokości, wykonawca mógłby dochodzić pozostałej części odszkodowania w odrębnym postępowaniu na zasadach ogólnych. Mimo wprowadzenia podstawowej stawki odszkodowania nie wydaje się bowiem uzasadnione pozbawienie wykonawcy możliwości dochodzenia naprawienia szkody przenoszącej wartość przyznanego odszkodowania.

Propozycja wprowadzająca odszkodowanie ryczałtowe ma na celu wzmocnienie ochrony prawnej wykonawcy, którego oferta byłaby wybrana, gdyby zamawiających w sposób prawidłowy dokonał wyboru. Aktualnie kwestia dochodzenia odszkodowań w sprawach sporów związanych z uzyskaniem zamówienia w ramach polskich regulacji poddana jest pod kognicję sądów powszechnych. Dochodzenie odszkodowania rodzi konieczność po stronie wykonawcy wykazania poniesienia szkody (rzeczywistej straty i utraconych korzyści), jej wysokości oraz związku przyczynowo-skutkowego między powstaniem szkody w określonej wysokości a zachowaniem (działaniem bądź zaniechaniem) zamawiającego. Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych przed sądem co do zasady trwa długo i wymaga przeprowadzanie szeregu dowodów, w tym przede wszystkim dowodu z opinii biegłego. Istotne są także koszty dochodzenia roszczenia, które musi wyłożyć wykonawca angażując się w proces sądowy. Wprowadzenie obowiązku zapłaty odszkodowania w ryczałtowej wysokości pozwoli wykonawcy na łatwiejsze i szybsze uzyskanie należnego odszkodowania.

Jednocześnie zamawiający będą mogli podjąć decyzję o zawarciu umowy o zamówienie po wydaniu rozstrzygnięcia przez KIO, mając świadomość jej skutków. Zamawiający będzie mógł zdecydować czy większą wartość ma dla niego natychmiastowe zawarcie umowy po dokonaniu rozstrzygnięcia przez KIO z możliwością narażenia się na konieczność zapłaty ryczałtowego odszkodowania w przypadku stwierdzenia przez sąd, iż wybór oferty nastąpił

¹⁴ Przykładowo, GUS co roku ogłasza bilansowe wyniki podmiotów gospodarczych (https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5502/9/15/1/bilansowe_wyniki_finansowe_podmiotow_gospodarczych_z_2016_rok.pdf).

niezgodnie z prawem, czy też nie ma potrzeby pilnego zawarcia umowy, w związku z czym może poczekać na rozstrzygnięcie sądu.

W przypadku wprowadzenia takiej regulacji, zasadne byłoby wyrażne wyłączenie możliwości składania przez wykonawców wniosków o zabezpieczenie roszczenia w postaci zakazu zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia skargi na orzeczenie KIO wyrokiem sądu okręgowego. To zamawiający – podjętą decyzją o zawarciu umowy lub nie – decydowałby bowiem czy przedmiotem roszczenia jest możliwość zawarcia umowy z zamawiającym, czy też przyznanie wykonawcy ryczałtowego odszkodowania.

Odszkodowania określone w sposób ryczałtowy są znane w prawie unijnym¹⁵ oraz prawie innych krajów¹⁶. W zamówieniach publicznych podobne rozwiązanie znane jest np. w Belgii. Zgodnie z prawem belgijskim wykonawca, którego oferta zostałaby wybrana, gdyby nie doszło do naruszenia prawa stwierdzonego w postępowaniu, uzyskuje automatycznie odszkodowanie w określonej ryczałtowo wysokości wynagrodzenia wskazanego w swojej ofercie. Odszkodowanie jest przyznawane w orzeczeniu II instancji.

16. System kontroli zamówień publicznych

Z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych wiąże się kontrola obszaru działań podmiotów uczestniczących w procesie udzielania zamówień. System kontroli udzielania zamówień publicznych działający aktualnie postrzegany jest negatywnie przez wielu uczestników rynku. Sposób funkcjonowania kontroli wskazywany jest jako jeden z najbardziej problematycznych aspektów systemu. Problemy związane z kontrolami można podzielić na dwa rodzaje:

- a) Problemy instytucji kontrolujących:
 - niedobory kadrowe,
 - trudności z uzyskaniem pomocy od biegłych,
 - duża liczba wniosków o wszczęcie kontroli,
 - wielość interpretacji, niejasna wykładnia przepisów,
 - dublowanie kontroli;
- b) Problemy kontrolowanych – zamawiających, częściowo tożsama z problemami wymienionymi wyżej:

¹⁵ Przykładowo, odszkodowania ryczałtowe dla pasażerów lotów określone w rozporządzeniu (WE) nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. ustanawiającym wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów, uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 295/91 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:32004R0261>).

¹⁶ Przykładowo, w prawie niemieckim domniemuje się, że odszkodowanie dla podwykonawcy wynosi 5% umówionego wynagrodzenia, w przypadku wypowiedzenia przez niego umowy z powodu nieudzielenia przez wykonawcę, w wyznaczonym terminie, zabezpieczenia (*Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB], <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>).

-
- wielość interpretacji, niejasna wykładnia przepisów,
 - dublowanie kontroli,
 - czasochłonność i uciążliwość kontroli,
 - odmienne wyniki kontroli tych samych postępowań w przypadku różnych instytucji,
 - zbytni formalizm i drobiazgowość kontroli,
 - postrzeganie innowacyjności jedynie przez pryzmat produktu.

Rozproszony system nie jest obecnie wystarczająco uporządkowany. Brakuje mechanizmów wzajemnego oddziaływania na siebie instytucji i powiązania w zakresie prowadzonych kontroli. Uzyskanie spójności systemu jest trudne, biorąc pod uwagę jak duża liczba organów posiada kompetencje do badania prawidłowości zamówień. Są to:

1. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych,
2. Najwyższa Izba Kontroli,
3. Regionalne Izby Obrachunkowe,
4. Komisje orzekające o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych,
5. Szef Krajowej Administracji Skarbowej (dokonuje kontroli środków pochodzących z UE),
6. Centralne Biuro Antykorupcyjne,
7. Prokuratura,
8. Centralne Biuro Śledcze Policji,
9. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego,
10. Agencja Wywiadu,
11. Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej,
12. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Tymczasem głównymi warunkami poprawnego funkcjonowania systemu kontroli zamówień publicznych są współdziałanie i współpraca wszystkich instytucji a także uporządkowanie zakresu działania organów kontroli.

Działania Prezesa UZP nakierowane są na ocenę zgodności z prawem działań zamawiającego. Oznacza to, że Prezes Urzędu bada wyłącznie legalność udzielenia zamówienia. Szerszy charakter ma kontrola prowadzona przez NIK, w przypadku administracji rządowej bada działalność pod względem legalności, gospodarności, celowości i rzetelności, zaś w przypadku organów samorządu terytorialnego – pod względem legalności, gospodarności i rzetelności. Z kolei RIO dokonują kontroli gospodarki finansowej, w tym zamówień publicznych.

W odpowiedzi na wskazane problemy, proponowane są następujące rozwiązania:

1) Wprowadzenie ogólnych przepisów dotyczących kontroli zamówień publicznych.

Proponuje się wprowadzenie ogólnych przepisów dotyczących systemu i zasad kontroli udzielania zamówień publicznych nie tylko dla Prezesa UZP, ale dla wszystkich organów przeprowadzających takie postępowania. Przepisy będą zawierały zasady współpracy

i współdziałania organów. Wprowadzenie zasad uczyni system bardziej spójnym i czytelnym dla rynku. Może mieć też pozytywny wpływ na problemy wynikające z odmiennych interpretacji czy dublowania się kontroli.

Przepisy będą zawierać m.in. postanowienia opisujące:

a. Współpracę organów kontroli

Wskazana zostanie ogólna zasada współpracy organów kontroli.

W przypadku kontroli legalności udzielania zamówień – zgodności z przepisami ustawy Pzp - decydujące znaczenie powinny mieć wyniki kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP. Inne organy prowadzące kontrole z wykorzystaniem tych samych kryteriów kontroli byłyby zobowiązane do uwzględniania wyników kontroli Prezesa UZP w danym postępowaniu. W przypadku wątpliwości lub odmiennych interpretacji prawa zamówień publicznych, organy będą mogły zwrócić się do Prezesa UZP o wydanie opinii dotyczącej stosowania prawa zamówień publicznych. Pozwoli to uniknąć odmiennych interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych przez instytucje kontrolujące.

Urzeczywistnienie powyższych zasad, poza zmianami ustawowymi, wymaga zbudowania narzędzia umożliwiającego wymianę pomiędzy instytucjami odpowiedzialnymi za kontrolę udzielania zamówień publicznych, informacji o przeprowadzanych kontrolach oraz ich wynikach. Obecnie, wszczynając kontrolę organ nie zawsze ma wiedzę o tym czy dane postępowanie było już sprawdzane, pod jakim kątem oraz jakie były wyniki przeprowadzonej wcześniej kontroli. Dokonywanie wzajemnych ustaleń i korzystanie z wskazanych wyżej możliwości wymaga stworzenia dostępnej dla instytucji kontrolujących bazy danych wskazującej, który organ dokonywał u danego zamawiającego kontroli, jakich postępowań i w jakim zakresie.

Każda instytucja odpowiedzialna za kontrolę udzielania zamówień publicznych w momencie wszczęcia postępowania byłaby odpowiedzialna za wprowadzenie do bazy informacji takich jak: data wszczęcia kontroli, organ przeprowadzający kontrolę, organ kontrolowany, nazwa oraz numer kontrolowanego postępowania, zakres kontroli, dane kontaktowe do osoby odpowiedzialnej za przeprowadzenie kontroli. Po zakończeniu postępowania, organ kontrolujący wpisywałby również informację o zakończeniu kontroli oraz informację czy kontrola wykazała dokonanie naruszeń czy nie. Dostęp do takiej bazy znacząco ułatwiłby pracę organów kontroli oraz zwiększył efektywność wymiany informacji pomiędzy nimi. Dzięki temu możliwe byłoby uzyskanie oszczędności w instytucjach kontrolnych oraz bardziej racjonalne podejmowanie decyzji o kontroli postępowań.

b. Kontrole przeprowadzane na podstawie identyfikacji prawdopodobieństwa naruszenia prawa („analizy ryzyka”)

Kontrole w zakresie zamówień publicznych co do zasady powinny być planowane i przeprowadzane po uprzednim dokonaniu analizy prawdopodobieństwa naruszenia prawa, na które może wskazywać w szczególności mała liczba ofert, zarzuty stawiane przez wykonawców dotyczące sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu lub opisu przedmiotu zamówienia, odstępianie od umowy, a także wcześniej stwierdzone u zamawiającego istotne naruszenia prawa. Analiza powinna obejmować identyfikację obszarów podmiotowych i przedmiotowych, w których ryzyko naruszenia przepisów jest największe. Sposób przeprowadzenia analizy określałby organ kontroli lub jego organ nadrzędny.

Kontrole są nieodzownym elementem wykonywania uprawnień władzy publicznej związanych z zamówieniami publicznymi. Podstawową rolą jaką pełnią instytucje kontrolne jest zapewnienie przestrzegania przepisów prawa oraz prawidłowego gospodarowania środkami finansowymi. Sprawny system kontroli wpływa na zwiększenie efektywności zamówień publicznych, m.in. poprzez identyfikację i eliminację w przyszłości nieprawidłowości w prowadzeniu postępowania i udzieleniu zamówienia publicznego, w tym także celowości udzielania zamówienia.

Podmioty zobowiązane do poddania się kontroli w związku z udzielaniem zamówień publicznych wskazują na nadmierną uciążliwość kontroli m.in. ze względu na konieczność powierzania pracownikom zadań związanych z kontrolą ukierunkowaną przede wszystkim na dokonanie sprawdzenia pod względem formalnym. Ze względu na konieczność angażowania pracowników zamawiającego w czynności związane z prowadzoną kontrolą, niekiedy wskazuje się także na zmniejszoną w czasie kontroli efektywność wykonywania bieżących zadań zamawiającego, nie zawsze związanych z zamówieniami publicznymi. W przepisach dotyczących kontroli zamówień publicznych powinny znaleźć się normy zwiększające prawdopodobieństwo wykrycia naruszeń i nieprawidłowości, przy jednoczesnym zmniejszeniu liczby kontroli u podmiotów udzielających zamówień publicznych bez uchybień.¹⁷

Nowa regulacja mogłaby przyczynić się do ograniczenia liczby i zakresu kontroli podmiotów, u których występuje niewielkie ryzyko bądź nie stwierdzono wcześniej naruszeń przepisów.¹⁸

Zasada ta nie obowiązywałaby w odniesieniu do kontroli przeprowadzanych obligatoryjnie oraz kontroli dokonywanych przez służby zajmujące się zwalczaniem przestępczości.

c. Wyniki kontroli

Proponuje się opisanie dodatkowych obowiązków kontrolerów związanych z wynikami kontroli i informacjami pokontrolnymi:

- zobowiązanie instytucji kontrolujących do upubliczniania zanonimizowanych informacji pokontrolnych na stronach internetowych lub w BIP,
- wskazanie, że podstawą negatywnego wyniku może być tylko naruszenie przepisów prawa, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a nie drobne uchybienia wykazane w protokole kontroli.

Takie rozwiązania ograniczą uciążliwość kontroli i pozwolą na uniknięcie wątpliwości co do przyjętych interpretacji przepisów prawa.

2) Czytelny podział zadań organów odpowiedzialnych za kontrolę

Wskazane jest również wprowadzenie zmian w ustawach regulujących działanie poszczególnych instytucji, obejmujących jasny podział zadań zgodnie z obszarami

¹⁷ Podobne regulacje przewidują art. 58 ustawy z 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. z 2018 r. poz. 508) oraz art. 47 ustawy z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. poz. 646).

¹⁸ Jak wynika z analiz raportów z lat 2015-2017 dotyczących kontroli skarbowych (skarbowo-celnych), podatkowych, z zakresu prawa pracy oraz ubezpieczeń społecznych w efekcie stosowania zasady analizy ryzyka przez KAS, PIP i ZUS liczba kontroli spada a ich skuteczność – w zależności od przedmiotu kontroli – wzrasta bądź utrzymuje się na podobnym poziomie (na podstawie danych z MF, PIP i ZUS).

kompetencji, przy uwzględnieniu które z nich odpowiedzialne powinny być jedynie za legalność, które za celowość, gospodarność czy rzetelność. Niezbędne jest również skorelowanie kontroli wynikających z prawa zamówień publicznych oraz z ustaw regulujących działalność poszczególnych organów z zasadami kontroli zamówień publicznych związanych z wydatkowaniem środków pochodzących z Unii Europejskiej. W związku z tym proponowany jest przegląd przepisów:

- ustawy z dnia 11 lipca 2014r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 -2020,
- rozporządzenia w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień,
- wytycznych w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014-2020,
- postanowień umownych dotyczących kontroli zawartych w umowach z beneficjentami środków unijnych.

Wnioski wynikające z analizy obecnie obowiązujących przepisów pozwolą na weryfikację możliwości zmian w systemie przed rozpoczęciem kolejnej perspektywy finansowej UE.

Przegląd kompetencji poszczególnych organów kontroli umożliwi ponowne zdefiniowanie ich zadań, weryfikację potrzeby rozróżniania systemu kontroli na unijne i krajowe, osadzenie wszystkich najważniejszych przepisów dotyczących kontroli w prawie zamówień publicznych.

3) Naruszenie dyscypliny finansów publicznych

W przypadku przepisów będących podstawą odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, należy przewidziany tam katalog naruszeń dostosować do katalogu istotnych naruszeń ustawy Pzp i ustawy koncesyjnej, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania. W związku z tym drobne uchybienia formalne, będące obecnie podstawą odpowiedzialności, powinny znaleźć się poza katalogiem czynów objętych odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Jednocześnie wymaga przeformułowania kwestia zakresu podmiotowego tej odpowiedzialności – w ustawie Pzp oraz w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jest to niezbędne dla urealnienia kwestii związanych z przypisaniem odpowiedzialności związanej z udzieleniem zamówienia publicznego osobom, które faktycznie dopuszczają się takich naruszeń. Należy wyraźnie odróżnić odpowiedzialność kierownika zamawiającego od odpowiedzialności osób wykonujących czynności po stronie zamawiającego.

4) Zaostrzenie odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa określonego w art. 305 kk

Jedną z najbardziej istotnych funkcji jaką ma spełniać ustawa Prawo zamówień publicznych, jest zapewnienie przedsiębiorcom uczciwej konkurencji, dzięki czemu mogą oni rywalizować między sobą w rynkowych warunkach. Umożliwia to również osiągnięcie najbardziej korzystnego ekonomicznie efektu przez zamawiających w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednym z elementów, które sprzyjają osiągnięciu tego celu są adekwatne sankcje za dopuszczenie się czynów zabronionych utrudniających zgodne z prawem przeprowadzenie przetargu, które będą odstraszały od ich popełnienia.

Obecnie obowiązującą sankcję za niezgodne z prawem wpływanie na treść rozstrzygnięcia przetargu publicznego zawiera art. 305 kodeksu karnego. Przywołany przepis zawiera jednak nieadekwatną sankcję za dopuszczenie się przestępstwa w stosunku do szkody jaką może wyrządzić osoba, która się go dopuszcza. Na skutek tego przedmiotowa sankcja niedostatecznie odstrasza od popełnienia ww. czynu zabronionego. Zagrożenie karą tym czynem jest również niskie w stosunku do zagrożenia karą za podobne przestępstwa. Powoduje również, że karalność za popełnienie przestępstwa z art. 305 kk przedawnia się już z upływem 5 lat od jego popełnienia. Dochodzi więc do sytuacji, w której przestępstwa zostają wykryte (np. w skutek kontroli zmów przetargowych przez UOKiK) już po przedawnieniu ich karalności.

Zasadne jest więc zwiększenie zagrożenia karalnością za czyny z art. 305 kk do 8 lat pozbawienia wolności, które to kary są przewidziane za podobne przestępstwa. Umożliwi to przedłużenie się okresu przedawnienia karalności popełnianego czynu z 5 do 10 lat (por. art. 101 §1 pkt 3) i 4) kk). Zasadne jest również rozważanie wykreślenia art. 305 §3 kk, gdyż każde przestępstwo utrudnienia przetargu publicznego skierowane jest przeciwko interesowi publicznemu.

5) Profesjonalizacja działań i osób odpowiedzialnych za przeprowadzanie kontroli

Odpowiednie przygotowanie kontroli daje gwarancję jej prawidłowego przebiegu i poprawnego sformułowania wyników. Niezbędne jest budowanie wśród kontrolerów wiedzy obejmującej wszystkie etapy postępowania oraz umiejętności dostosowywania się do często zmieniających się przepisów.

W zakresie tych zagadnień, proponuje się wprowadzenie zmian w następujących obszarach:

a. Wykorzystanie elektronizacji procesu udzielania zamówień publicznych dla usprawnienia kontroli

Elektronizacja zamówień publicznych umożliwi usprawnienie przeprowadzania kontroli i monitoringu rynku zamówień. Automatyczne zbieranie danych sprawozdawczych z przeprowadzonych postępowań, większa dostępność i transparentność dokumentacji, pozwoli na redukcję obciążeń związanych z kontrolami i skrócenie procesu ich przeprowadzania.

b. Prowadzenie szkoleń skierowanych do instytucji kontrolujących zamówienia publiczne

Istotne jest kontynuowanie działalności edukacyjno-informacyjnej, która zapewni upowszechnienie prawidłowych wzorców postępowania i utrzymanie odpowiedniej jakości procesu udzielania zamówień publicznych oraz jego kontroli. Efektywność, stanowiąca jeden z głównych celów nowego prawa zamówień publicznych, będzie możliwa do uzyskania jedynie pod warunkiem zapewnienia szkoleń przeznaczonych dla kontrolerów.

c. Wytyczne dotyczące prowadzenia kontroli

W żadnej z badanych instytucji nie ma ściśle określonego wzorca prowadzenia kontroli. Określone są raczej ogólne jej ramy, założenia oraz lista działań, które należy przeprowadzić. Same działania są realizowane zgodnie z warsztatem pracy wypracowanym przez kontrolera.

W praktyce występują przypadki, gdy dwie instytucje kontrolne weryfikujące to samo postępowanie wystawiają odmienne oceny prawidłowości wykonanych w postępowaniu

czynności korzystając z innych opinii lub orzeczeń. W związku z tym organy powinny posługiwać się listami kontrolnymi (tzw. checklistami) wprowadzonymi dla wszystkich jednostek kontrolnych przepisami prawa. Powinny być one jawne jednocześnie dla zamawiających, wykonawców i organów kontrolnych. W opracowaniu naruszeń i działań zawartych na listach powinni brać udział doświadczeni praktycy i przedstawiciele organów kontrolnych.

W ustawach określających ramy działania poszczególnych instytucji, ich organy zostaną wyposażone w kompetencję i obowiązek wydawania obowiązujących wewnętrznie list kontrolnych, którymi będą posługiwać się kontrolerzy. Listy te będą wydawane również dla zamawiających podlegających kontroli. W przypadku regionalnych izb obrachunkowych, takim organem mogłoby być w każdej izbie kolegium, lub szerzej, Krajowa Rada Regionalnych Izb Obrachunkowych.

W związku z faktem, iż organy kontrolne posługują się różnymi listami kontrolnymi, wysoce pożądane jest ich ujednoczenie w zakresie kryterium legalności. W tym celu proponuje się wzmocnienie roli Prezesa UZP w procesie ich ustalania.

Propozycja do dyskusji 9

Propozycja dotycząca list kontrolnych (tzw. checklist)

- **organy dysponujące checklistami w zakresie zamówień publicznych powinny uzgadniać ich treść z Prezesem UZP (propozycja dotyczy wyłącznie zgodności prowadzonego postępowania z przepisami ustawy).**

Takie rozwiązanie mogłoby służyć profesjonalizacji kadr instytucji kontrolujących. Zwiększyłoby także pewność prawa po stronie zamawiających i uczestników rynku pozwalając jednocześnie na uniknięcie zbytniego formalizmu postępowań. Zasada ta nie obowiązywałaby w odniesieniu do kontroli przeprowadzanych obligatoryjnie oraz kontroli dokonywanych przez służby zajmujące się zwalczaniem przestępczości.

17. Instytucje odpowiedzialne za funkcjonowanie systemu zamówień publicznych

W zakresie roli oraz podziału kompetencji instytucji odpowiedzialnych za funkcjonowanie systemu zamówień publicznych planowane jest zasadniczo zachowanie dotychczasowego podziału kompetencji pomiędzy Prezesa UZP oraz KIO i sądy powszechne (w przyszłości sąd właściwy ds. zamówień). Nadzór nad Prezesem UZP w dalszym ciągu będzie sprawował minister właściwy ds. gospodarki. W przyszłej regulacji planowane jest większe wyeksponowanie podziału zadań pomiędzy ww. instytucje.

Proponuje się w sposób czytelny określić pozycję ustrojową KIO. Aktualnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie definiują statusu ani charakteru Izby z punktu widzenia krajowego systemu organów. Proponuje się wprowadzenie regulacji określającej charakter podmiotowy KIO w systemie organów władzy publicznej.

Proponowane jest także utrzymanie funkcjonowania Rady Zamówień Publicznych, jako organu doradczo-opiniotwórczego w kwestiach związanych z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych. W skład Rady podobnie jak obecnie, wchodziłoby eksperci –

przedstawiciele najważniejszych organizacji i instytucji związanych z funkcjonowaniem rynku zamówień publicznych w Polsce.