



Business Centre Club

Warszawa, 15 lutego 2019 r.

BCC PROPONUJE

dotyczy: *projektu ustawy Prawo zamówień publicznych*

Business Centre Club przedstawił uwagi i propozycje do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając na uwadze znaczną złożoność i kompleksowość regulacji, opinia dotyczy istotnych naszym zdaniem norm projektu, zwłaszcza ocenionych krytycznie. Nowelizacja dotyczy kompleksowej i całościowej zmiany przepisów obowiązującej ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, z późn. zm.) poprzez uchylenie (na podstawie odrębnej ustawy wprowadzającej) aktualnie obowiązującej ustawy w całości i zastąpienie jej nowym aktem normatywnym.

Zgodnie z deklaracjami projektodawcy, cele projektu ustawy to zapewnienie efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych z uwzględnieniem polityki państwa i wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także promowanie innowacyjności i zapewnianie spójności regulacji. Projekt ma również stanowić sposób realizacji Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju.

Zgodnie z uzasadnieniem, projekt ma stanowić odpowiedź na następujące problemy:

1. *brak powiązania wydatków z realizacją polityki oraz celów strategicznych państwa;*
2. *dużą liczbę wyłączeń spod reżimu systemu zamówień publicznych, które negatywnie wpływają na transparentność i dostępność zamówień publicznych;*
3. *wybijanie rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych w dłuższym okresie;*
4. *nieproporcjonalny do potencjału udział przedsiębiorców z sektora MŚP w rynku zamówień publicznych;*
5. *nieefektywne zarządzanie procesem zakupowym od planowania udzielenia zamówienia, przygotowania postępowania po podsumowanie jego realizacji;*
6. *koncentracja zamawiających na spełnieniu wymogów formalnych zamiast na uzyskaniu najlepszego jakościowo produktu lub usługi;*
7. *niski odsetek zamówień udzielonych w innych trybach niż przetarg nieograniczony i wolna ręka (negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia oraz partnerstwo innowacyjne i licytacja elektroniczna stanowią zaledwie 1,27% postępowań);*
8. *zmniejszające się zainteresowanie wykonawców rynkiem zamówień publicznych (w 2017 r. w ok. 43% postępowań złożona została tylko jedna oferta);*

9. ograniczoną dostępność do środków odwoławczych do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) oraz skarg na wyroki KIO do sądów powszechnych;

10. niejednolitość orzecznictwa KIO i sądów powszechnych w przedmiocie zamówień publicznych;

11. brak wyodrębnionej i uproszczonej procedury udzielania zamówień poniżej progów unijnych;

12. rozproszony i nieefektywny system kontroli;

13. brak przejrzystości ustawy wywołany licznymi nowelizacjami.

Projektodawca trafnie zdiagnozował aktualne problemy dotyczące obowiązującego prawa zamówień publicznych oraz zdefiniował zasługujące na aprobatę cele regulacji. Poszczególne rozwiązania zaproponowane w projekcie zostały zaopiniowane przez BCC w ujęciu problemowym, ze szczególnym podkreśleniem elementów projektu ocenionych krytycznie.

Ogólnie rzecz biorąc, zdaniem BCC, projekt wymaga dopracowania przed ostatecznym przyjęciem, niemniej jednak zasługuje na pozytywną ocenę i może przynieść w praktyce poprawę sytuacji na rynku zamówień publicznych. Wejście w życie zmian proponowanych w projekcie, po jego dopracowaniu i uwzględnieniu zgłaszanych uwag (w szczególności dotyczących ryzyka sprzeczności z prawem Unii Europejskiej oraz ryzyka naruszenia zasad równości i niedyskryminacji), może w rzeczywistości realnie przyczynić się do realizacji celów zaprezentowanych w uzasadnieniu do projektu ustawy.

1. Szczegółowe uwagi Związku Pracodawców BCC

a. Przepisy ogólne

Początkowe przepisy Projektu określają zakres przedmiotowy nowej ustawy. Zgodnie z przyjętymi założeniami, ma on obejmować kwestie zamówień publicznych o wartości *równej lub wyższej od progów unijnych jak i zamówień do wartości progowych*. Zakres przedmiotowy Projektu obejmować ma również określenie zasad i trybu udzielenia zamówień publicznych, środków ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz właściwość organów. Jakkolwiek zakres przedmiotowy regulacji zależy w zasadzie od decyzji Projektodawcy i nie poddaje się ocenie, w niniejszym przypadku, mając na uwadze, że Projekt miałby stanowić kompleksową regulację zamówień publicznych, szerokie sformułowanie przedmiotu regulacji należy ocenić pozytywnie.

Na wstępie należy zauważyć, że z uwagi na powiązania z prawem Unii Europejskiej oraz kwestie wpływu zamówień publicznych na rynek wspólnotowy, w wielu miejscach Projektu kwoty zamówień zostały wyrażone w walucie Euro. W pojedynczych miejscach natomiast wskazano chwilę określenie kursu według którego kwota jest przeliczana na walutę Złoty Polski. W przypadku podjęcia decyzji przez podmiot podlegający regulacji prawa zamówień publicznych, o potrzebie złożenia zamówienia, domyślnym sposobem działania na polskim rynku jest ustalenie wartości zamówienia w obowiązującej w Polsce walucie. W takim wypadku, w przypadku przyjęcia Projektu w zaproponowanej formie, zamawiający będzie musiał dokonać przeliczenia wartości zamówienia na walutę Euro celem ustalenia przepisów mających zastosowanie, według niejasnych i niedookreślonych w Projekcie zasad (choćby co do sposobu i chwili ustalenia kursu waluty). W opinii ZP BCC, celem uniknięcia wątpliwości, uzasadnione byłoby w jednym z pierwszych przepisów ustawy, chociażby po definicjach ustawowych, określić sposób obliczania wartości zamówień i chwilę oraz sposób ustalania kursu.

b. Zasady udzielania zamówień – Dział I, Rozdział 2 Projektu

Krytycznie należy, w opinii ZP BCC ocenić zaproponowane w art. 18 ust. 6 Projektu uprawnienie do udostępniania danych osobowych przez Zamawiającego. Postanowienie to sformułowane jest nieprecyzyjnie, posługuje się określeniem udostępniania, a nie chociażby przetwarzania (szerokie pojęcie) lub powierzanie lub przekazywanie danych osobowych, którymi posługuje się ogólne rozporządzenie o ochronie danych (rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/679...)(dalej: RODO). Ponadto przepis ten nie określa jakim podmiotom miałyby być przekazywane dane, w związku z czym przepis ten stoi w sprzeczności w szczególności zasadami przejrzystości przetwarzania danych określonych w RODO. Przyjęcie przepisu w zaproponowanym kształcie skutkować będzie tym, że przekazanie danych osobowych w toku postępowania o udzielenie zamówienia będzie równoznaczne z umożliwieniem nieograniczonego rozpowszechniania danych przez Zamawiającego. W opinii ZP BCC przepis ten powinien zostać gruntownie przeformułowany i doprecyzowany.

2.3. Zamawiający i wykonawcy – Dział I, Rozdział 6 Projektu

Krytycznie należy ustosunkować się do zaproponowanych w art. 43 – 45 Projektu postanowień przewidujących uprawnienie odpowiednio Prezesa Rady Ministrów, Ministra kierującego działem administracji rządowej oraz organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego do wyznaczenia jednego zamawiającego właściwego na potrzeby przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepisy te, jakkolwiek z perspektywy organów (i zamawiających) mogłyby ułatwić postępowanie, w praktyce mogą nie tylko służyć do obchodzenia przepisów dotyczących składania zamówień przez kilku zamawiających, ale również skutkować tym, że przepisy o składaniu zamówień przez kilku zamawiających pozostaną w znacznej części „martwe”. Mając bowiem na uwadze, na przykładzie jednostki samorządu terytorialnego, że nawet znaczne zamówienia, o dużej wartości, mogłyby być udzielane przez podmiot inny niż rzeczywisty beneficjent zamówienia, bowiem organy te z założenia (mając na uwadze powiązania organizacyjno-terytorialne) ściśle współpracują z organem wykonawczym jednostki samorządu terytorialnego, a zatem organ ten mógłby dążyć do ułatwienia im działania, z pominięciem interesów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ponadto, zważywszy na fakt, że przepisy nie przewidują zasadniczo żadnych ograniczeń w wyznaczaniu zamawiającego przez organ wykonawczy, przyjęcie przepisów w zaproponowanym brzmieniu skutkuje ryzykiem powstania jednostek tzw. „wydmuszek” zajmujących się wyłącznie sprawami zamówień publicznych i potencjalnie wykorzystywanych chociażby do obchodzenia przepisów o finansach publicznych. Jakkolwiek ryzyko wystąpienia takich przypadków nie wydaje się duże, Projektodawca sporządzając kompleksowy projekt nowego uregulowania gałęzi prawa zamówień publicznych winien szeroko rozważyć wszelkie możliwe skutki i zagrożenia związane z przyjęciem takich a nie innych regulacji. W opinii ZP BCC, założenia tych przepisów powinny zostać ponownie rozważone.

Krytycznie należy ustosunkować się, z punktu widzenia legislacyjnego, do regulacji art. 48 Projektu. Jakkolwiek samo założenie dopuszczalności funkcjonowania centralnego zamawiającego może w praktyce stanowić pewne ułatwienie, o ile wymogi ustanowienia centralnego zamawiającego zostaną określone wystarczająco precyzyjnie i z uwzględnieniem interesów ubiegających się o udzielenie zamówienia, o tyle z punktu widzenia legislacyjnego zaproponowany przepis cechuje drobna usterka. Przepis posługuje się bowiem pojęciem centralnego zamawiającego, które nie jest

wcześniej zdefiniowane, oznaczając jedynie, że jest to *zamawiający prowadzący stałą działalność w zakresie: 1) nabywania produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży zamawiającym; 2) udzielania zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, w imieniu lub na rzecz zamawiających, albo obsługi dynamicznych systemów zakupów lub zawierania umów ramowych, w celu korzystania z nich przez zamawiających do udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy lub usługi*. W opinii ZP BCC, uzasadnionym byłoby dodanie definicji centralnego zamawiającego, z odesłaniem do odpowiednich przepisów, wśród definicji ustawowych zawartych w art. 8 Projektu.

Ponadto jednak, wobec instytucji centralnego zamawiającego aktualność zachowują uwagi ZP BCC dot. ryzyk związanych z wprowadzeniem art. 43 – 45 Projektu. Zdaniem ZP BCC ryzykowne i w związku z tym zasługujące na negatywną ocenę i wymagające dalszych prac jest zaproponowanie wprowadzenia art. 50 Projektu, przewidującego nie tylko uprawnienie Prezesa Rady Ministrów do samodzielnego wyznaczenia centralnego zamawiającego ale również uprawnienie do nakazania (*może, w drodze zarządzenia [...] polecić zamawiającym[...]*) podległym jednostkom organizacyjnym i organom zawieranie umów z pominięciem regulacji zamówień publicznych, od centralnego zamawiającego. Organy te (dalsi zamawiający) pomimo odpowiedzialności w szczególności dot. dyscypliny finansów publicznych nie mają przy tym możliwości weryfikacji, czy centralny zamawiający rzeczywiście prawidłowo przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia oraz czy wybrane zamówienie rzeczywiście jest najbardziej efektywne z możliwych. Analogicznie, krytycznie należy ocenić odpowiednie postanowienia przewidujące podobne uprawnienia dla Ministra kierującego działem administracji rządowej oraz organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego.

Oceniając propozycję regulacji Projektu dotyczącą centralnego zamawiającego, jakkolwiek instytucja ta może stanowić istotne ułatwienie dla zamawiających, to w praktyce może stać ona w sprzeczności z deklarowanymi przez Projektodawcę celami uwzględniania i dopuszczania do postępowania w szerszym zakresie małych i średnich przedsiębiorców. Zamówienia udzielane przez centralnego zamawiającego, siłą rzeczy udzielane będą przez podmiot de facto centralny, a nie najbliższy terytorialnie rzeczywistym beneficjentom zamówienia (dalszym zamawiającym od centralnego zamawiającego). Tym samym istnieje znaczące ryzyko wykluczenia z możliwości ubiegania się lub „zwycięstwa” w postępowaniu przez podmioty oddalone od „centrum” chociażby z uwagi na zwiększenie kosztów z powodu odległości. Z kolei gdyby zamówienie było udzielane przez zamawiającego w terenie, podmioty oddalone od „centrum” mogłyby w praktyce zapewniać bardziej efektywne wykonanie zamówienia chociażby z powodu terytorialnej bliskości do zamawiającego, minimalizującej koszty. Funkcjonowanie w zaproponowanym kształcie centralnego zamawiającego, w opinii ZP BCC, niesie ze sobą ryzyko nieuzasadnionego promowania dużych podmiotów gospodarczych z pokrzywdzeniem małych i średnich przedsiębiorców „w terenie”.

Ponadto, oceniając zaproponowaną regulację dotyczącą centralnego zamawiającego, nie można zapomnieć o tym, że rynek zamówień publicznych w dotychczasowym kształcie nie rzadko jest areną działań o charakterze patologicznym czy wręcz przestępczym. Funkcjonowanie centralnego zamawiającego, z uwagi na z założenia większą wartość zamówień, oraz z uwagi na fakt, że o centralnym udzieleniu zamówienia de facto dla wielu podmiotów terenowych, decydować będzie jeden podmiot, zaproponowana regulacja może nie wpływać pozytywnie na eliminację zachowań patologicznych czy przestępczych. W opinii ZP BCC, jakkolwiek nie jest to podstawą do rezygnacji z instytucji centralnego zamawiającego, uzasadnione byłoby ustanowienie odpowiednich zabezpieczeń, chociażby w postaci dodatkowych procedur weryfikacyjnych (na przykład przez organy zlecające

zawieranie umów z centralnym zamawiającym).

ZP BCC zwraca uwagę na drobną, techniczną usterkę pisarską w art. 48 ust. 3 punkt 1 Projektu polegającą na prawdopodobnie omyłkowym pominięciu litery „w” przed słowem „przypadku”, w zdaniu „od centralnego zamawiającego produktów lub usług, a przypadku zamówień [...]”.

Krytycznie należy ocenić propozycję regulacji zawartą w art. 55 Projektu z punktu widzenia legislacyjnego. W ostatniej części tego przepisu umieszczono sformułowanie [...] *zgodnych z prawem Unii Europejskiej*. Zastrzeżenie to jest niezrozumiałe i trudno określić, do jakiej części normy się odnosi. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że przepisy krajowe (z zastrzeżeniem kontrowersji na temat pierwszeństwa stosowania aktów normatywnych o radze wyższej niż ustawowa) zasadniczo nie mogą być sprzeczne z prawem Unii Europejskiej. W opinii ZP BCC, przedmiotowe zastrzeżenie powinno zostać usunięte z Projektu lub co najmniej znacząco przeformułowane.

Krytycznie ocenić należy propozycję regulacji zawartą w art. 61 Projektu dotyczącą wyłączenia prowadzących postępowanie w imieniu zamawiającego z uwagi na konflikt interesów. W szczególności bowiem brakuje w tym przepisie ustępu przewidującego uprawnienie w szczególności chociażby dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wyznaczenia osoby prowadzącej postępowanie w przypadku gdyby wszystkie osoby występujące po stronie zamawiającego spełniały szeroko określone przesłanki wystąpienia konfliktu interesów. W skrajnym wypadku, szczególny wypadek konfliktu interesów całej jednostki organizacyjnej zajmującej się udzieleniem zamówienia publicznego mogłoby skutkować paraliżem jednostki i brakiem możliwości przeprowadzenia postępowania.

Krytyczne uwagi podniesione przez ZP BCC w odniesieniu do art. 18 Projektu, dotyczące przetwarzania danych osobowych i ich udostępniania zachowują pełną aktualność w odniesieniu do art. 83 i n. Projektu, w którym ponownie są one określone.

2.4. Dział II, Rozdział 2 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców

W opinii ZP BCC krytycznie należy ocenić propozycję regulacji zawartą w art. 126 Projektu, pozwalającej na określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim warunki te mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Kryteria te z jednej strony mogą mieć charakter dyskryminujący, służący do pomijania małych i średnich przedsiębiorców w postępowaniu nawet w sytuacji, gdy rzeczywiście są w stanie wykonać zamówienie chociażby z uwagi na otwartą linię kredytową. W opinii ZP BCC uprawnienie do uwarunkowania dopuszczenia do udziału w postępowaniu od sytuacji ekonomicznej lub finansowej powinno zostać ograniczone i obwarowane dodatkowymi wymogami celem zmniejszenia powyższych zagrożeń. Niemniej jednak, uprawnienie zamawiającego do badania sytuacji ekonomicznej lub finansowej ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest potrzebnym instrumentem celem uniknięcia występujących w praktyce sytuacji udzielenia zamówienia podmiotowi bez majątku, posługującego się licznymi podwykonawcami, wobec których nie wykonuje swoich zobowiązań do zapłaty. Instrument ten jest zatem w praktyce konieczny, jednak powinno być zapewnione, by nie służył on stosowaniu kryteriów dyskryminacyjnych. W opinii ZP BCC wymogi określone w art. 129 Projektu mogą nie być wystarczające.

2.5. Dział II, Rozdział 4 – kryteria oceny ofert

Z aprobatą należy odnieść się do zaproponowanego uregulowania dotyczącego kryteriów oceny ofert, z ograniczeniem dotychczas powszechnie w praktyce kryterium najniższej ceny. W Projekcie trafnie sformułowano zasady dotyczące oceny korzystności i efektywności oferty.

2.6. Inne szczególne postanowienia Projektu

Projekt w przepisach szczególnych dotyczących procedur udzielania i wykonywania udzielonych zamówień publicznych (zawartych umów, a także ich zmian i zakończenia) w zasadzie powtarza i rozwija zapisy dotychczasowej ustawy prawo zamówień publicznych. Przepisy te sformułowano są generalnie w sposób prawidłowy, a postanowienia o charakterze technicznym zasadniczo sformułowano są precyzyjnie i wydają się uwzględniać specyfikę poszczególnych trybów postępowania oraz poszczególnych rodzajów zamówień.

Podobnie, w Projekcie zasadniczo prawidłowo sformułowano przepisy dotyczące kompetencji oraz dotyczące kwestii organizacyjnych organów administracyjnych w sprawach zamówień publicznych, w szczególności Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Krajowej Izby Odwoławczej, Rady Zamówień Publicznych.

Generalnie z aprobatą należy ustosunkować się również do flagowej propozycji regulacji w postaci ustanowienia uproszczonej procedury udzielania zamówień publicznych w sprawach, których wartość nie przekracza określonych progów wynikających z przepisów prawa Unii Europejskiej. Jednakże, w opinii ZP BCC, „uproszczona” procedura udzielania zamówień publicznych w dalszym ciągu jest procedurą skomplikowaną i nadmiernie sformalizowaną. Rozważenia też wymaga, czy zasadne jest regulowanie procedury „uproszczonej” drogą licznych odesłań do przepisów Projektu. Jakkolwiek metoda ta jest zgodna z założeniami techniki legislacyjnej, w opinii ZP BCC uzasadnione byłoby rozważenie możliwości wyczerpującego określenia procedury wprost w przepisach celem ułatwienia ich stosowania.

Z zastrzeżeniem uwag dotyczących udostępniania i przetwarzania danych osobowych, w Projekcie zasadniczo prawidłowo sformułowano przepisy o środkach ochrony prawnej, w szczególności dotyczące procedury postępowania przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej oraz postępowania koncyliacyjnego.

2.7. Dział XII – Przepisy o karach pieniężnych

Negatywnie należy ocenić zaproponowane w szczególności w art. 678 Projektu sformułowania przepisów o charakterze administracyjno-karnym. Przepisy te nieprawidłowo, w opinii ZP BCC, określają przesłanki odpowiedzialności. Tytułem przykładu, znamiona czynu uzasadniającego odpowiedzialność administracyjno-karną (nałożenie kary pieniężnej), określone w art. 678 Projektu, nie przesądzają czy wszystkie przesłanki muszą być spełnione łącznie (co wydaje się sprzeczne z założeniami Projektu) czy każda z przesłanek może być spełniona samodzielnie i skutkować odpowiedzialnością. Same przesłanki również nie są sformułowano precyzyjnie i mogą budzić wątpliwości interpretacyjne.

2.8 Dział XIII – Przepis końcowy

Mając na uwadze złożoność Projektu oraz regulowanej materii, z aprobatą należy ocenić trafne zrezygnowanie z regulowania przepisów przejściowych i wprowadzających w samym Projekcie i wyłączenie ich do ustawy wprowadzającej.

Kontakt do eksperta:

dr Łukasz Bernatowicz

ekspert BCC ds. infrastruktury, prawa budowlanego i zamówień publicznych, minister infrastruktury w Gospodarczym Gabinecie Cieni BCC, członek RDS, członek Rady Zamówień Publicznych

tel. 502 066 619

e-mail: lukasz.bernadowicz@bcc.org.pl

Kontakt dla mediów:

Emil Muciński

rzecznik, Instytut Interwencji Gospodarczych BCC

tel. 602 571 395, 22 58 26 113

e-mail: emil.mucinski@bcc.org.pl; instytut@bcc.org.pl

Business Centre Club istnieje od 1991 roku. Jest prestiżowym Klubem przedsiębiorców i największą w kraju, ustawową organizacją indywidualnych pracodawców. Grupa BCC składa się z Klubu BCC, Związku Pracodawców BCC i Studenckiego Forum BCC. Członkowie BCC zatrudniają ponad 400 tys. pracowników, obroty firm sięgają 20 miliardów złotych. Wśród członków BCC znajdują się największe korporacje krajowe i zagraniczne. Członkami Klubu są także uczelnie wyższe, wydawnictwa, szpitale, prawnicy, dziennikarze, naukowcy, lekarze, wojskowi i studenci. BCC prowadzi działania w blisko 250 miastach i 23 łóżach regionalnych na terenie całej Polski. Koncentruje się na działaniach na rzecz rozwoju gospodarki i pomocy przedsiębiorcom. BCC jest członkiem Rady Dialogu Społecznego. Koordynatorem wszystkich działań BCC jest Marek Goliński.

Kontakty prasowe: <http://www.bcc.org.pl/Eksperci.244.0.html>, więcej: <http://www.bcc.org.pl> oraz: <http://www.facebook.com/pages/Business-Centre-Club>