Zestawienie uwag – <u>Komitet Rady Ministrów 06.03.2008</u>

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

Art. 1 pkt 1 lit. b	MF	Odwołano się do załącznika XVII do Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Natomiast ww. dyrektywa zawiera jedynie załączniki XVII A i XVII B. Odniesienie do załącznika XVII B tej dyrektywy znajduje się w art. 1 pkt 3 projektu.	Uwzględniono.
Art. 1 pkt 3	MF	Proponowany zapis w dalszym ciągu odnosi się do usług wymienionych w załączniku II B do Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz w załączniku XVII B do Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Katalog usług wymieniony w tych załącznikach nie jest zamknięty – wymienia się tam inne usługi, co może wywoływać wątpliwości interpretacyjne.	Nie uwzględniano. Proponowany przepis rozszerza zastosowanie art. 5 ust. 1 na wszystkie usługi niepriorytetowe. W związku z tym przepis art. 5 ust. 1 znajdzie zastosowanie do wszystkich wymienionych z nazwy usług niepriorytetowych oraz innych usług niepriorytetowych, które nie zostały wymienione z nazwy w załączniku do dyrektywy i które jednocześnie nie są usługami priorytetowymi. Posłużenie się otwartym katalogiem usług niepriorytetowych wynika z faktu, iż nie jest możliwe stworzenie zamkniętego katalogu usług. Regulacja ta przenosi do prawa polskiego rozwiązanie zastosowane w dyrektywach.

Art. 1 pkt 41	MF	W projekcie przewidziano, że możliwa będzie zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści ofert, ale tylko w szczególnie uzasadnionych okolicznościach, których nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia. Zmiana umowy nie będzie mogła jednak dotyczyć zwiększenia wielkości lub zakresu zamówienia. Taki zapis rodzi wątpliwości, czy zmiana umowy nie będzie mogła polegać jedynie na zwiększeniu zakresu zamówienia, czy też w ogóle nie będzie mogła dotyczyć zakresu zamówienia. Z uwagi na powyższe, zapis ten wymaga przeredagowania.	Uwzględniono. Art. 144 ust. 1 otrzyma brzmienie: „1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. W szczególnie uzasadnionych okolicznościach, niezależnych od stron umowy, których nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia, możliwa jest zmiana zawartej umowy, z tym że nie może ona dotyczyć zwiększenia wielkości lub **zwiększenia** zakresu zamówienia.”;
Art. 1 pkt 2 lit. c	UOKIK	Rozumiejąc specyfikę wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego, jak też biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie, Prezes UOKiK pragnie zwrócić uwagę, że stosowanie art. 4 pkt 12 PZP może skutkować ograniczeniem konkurencji w zakresie działalności polegającej na wykonywaniu zadań własnych samorządów. Wyłączenie procedury przetargowej w stosunku do ww. podmiotów wewnętrznych, ograniczy bowiem istotnie możliwość wykonywania zadań własnych gminy przez przedsiębiorców prywatnych, które podlegają procedurom zawartym w ustawie - Prawo zamówień publicznych.	Uwzględniono. Skreśleniu ulegnie art. 2 pkt 7a i art. 4 pkt 12.
Art. 1 pkt 32 lit. b	NBP	W art. 89 w ust. 1 w pkt 7 proponuje się wykreślić słowo ,,oczywistej”, tak aby przepis brzmiał następująco: ,,7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia	Uwzględniono

		zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2”.	
Art. 1 pkt 44	RCL	Niejasne jest ratio legis art. 169 projektu (kontrola uprzednia), który wprowadza jako zasadę kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy (ust. 2) i jednocześnie wprowadza odstępstwo od tej zasady, które opiera się na mało precyzyjnych przesłankach (ust. 4), co wymaga ponownej analizy.	Nie uwzględniono. W art. 169 ust. 4 Prezes Urzędu może odstąpić od przeprowadzenia kontroli uprzedniej np. w przypadku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, jak również jeżeli w ocenie instytucji zarządzającej postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy. Szczegółowe wyjaśnienia zostaną przedstawione w uzasadnieniu do projektu.
Art 1 pkt 1 lit. a oraz art. 1 pkt 2 lit. c	MG	Na gruncie prawa polskiego nigdy nie może dojść do relacji typu in-house między zamawiającym a wykonawcą będącym spółka kapitałową. Fakt posiadania 100% w kapitale zakładowym przez zamawiającego w chwili udzielenia zamówienia nie oznacza, ze zapewniona jest zgodność z prawem Unii Europejskiej. Jeżeli bowiem po udzieleniu zamówienia zostaną w krótkim czasie zbyte udziały inwestorowi prywatnemu-dojdzie do naruszenia dyrektyw o zamówieniach publicznych-nie jest istotne, że w chwili udzielenia zamówienia zamawiający miał 100% udziału w spółce –istotne jest zbycie udziałów inwestorowi prywatnemu. Stąd ETS w orzeczeniu Coname orzekł, że otwarcie spółki na kapital prywatny wyklucza w zasadzie skorzystanie z wyłączenia In-house. Projekt przepisu nie przewiduje mechanizmu zamykającego lub chociaż ograniczającego dostęp inwestorów prywatnych do spółek	Uwzględniono. Skreśleniu ulegnie art. 2 pkt 7a i art. 4 pkt 12.

		(z kolei takie zamknięcie ograniczyłoby perspektywy PPP w Polsce. Projekt przepisu w polskich realiach prywatnych będzie najczęściej skutkował naruszeniem prawa UE.	
Art. 1 pkt 7	MG	Możliwość zmiany ogłoszenia na skutek zmiany specyfikacji w zakresie kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia budzi wątpliwości ze względu na wprowadzenie zbyt dużej dowolności działań i możliwości nadużyć ze strony zamawiających.	Nie uwzględniono. Każda zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu dotycząca kryteriów oceny ofert i warunków udziału w postępowaniu będzie powodowała konieczność przedłużenia terminów składania ofert. W ocenie UZP stanowi wystarczające zabezpieczenie interesów wykonawców. Jednocześnie należy podkreślić, że postulat dopuszczenia możliwości dokonywania zmian w specyfikacji i ogłoszeniu o zamówieniu w pełnym zakresie został sformułowany przez miasta organizatorów finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012.
Art. 1 pkt 47	MG	Wprowadzenie możliwości wnoszenia odwołań w zamówieniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 znacznie przedłuży procedury o najmniejszej wartości – przeczy to aktualnemu celowi nowelizowania przepisów, jakim jest przyśpieszenie procedur ustawowych. Ministerstwo Gospodarki od początku odrzucało takie propozycje.	Nie uwzględniono. Projekt ustawy wprowadza system gwarantujący ochronę podstawowych interesów wykonawców, który nie będzie ograniczał się jedynie do postępowań, których wartość przekracza progi wynikające z przepisów dyrektyw. Mając to na względzie, proponuje się ujednolicenie zasad wnoszenia środków ochrony prawnej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. W

			postępowaniach tych wykonawca powinien mieć zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie: 1) nieprawidłowy wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę dokonanego z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania tych trybów; 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonanego z naruszeniem przepisów ustawy; 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia dokonanego z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia; 4) odrzucenia oferty dokonanego z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty. W ten sposób wykonawcy będą mieli zagwarantowane efektywne środki ochrony we wszystkich postępowaniach poniżej progów na decyzje zamawiających, godzące w ich podstawowe interesy (obecnie wykonawcy nie mają prawa do wniesienia odwołania poniżej progów właściwych dla dostaw i usług). Proponowane w tym zakresie zmiany doprowadzą do pełnej zgodności ustawy z prawodawstwem

			unijnym.
Art. 1 pkt 4	MEN	Przepis zawarty w art. 1 pkt 4 projektu ustawy, dotyczący dodawanego art. 6a, jest niejasny, a jego brzmienie sugeruje, że łączna wartość części może być inna (różna) niż wartość zamówienia, co jest niezgodne z art. 32 ust. 4 *ustawy - Prawo zamówień publicznych*, który stanowi, że wartością zamówienia udzielanego w częściach jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Proponowane brzmienie art. 6a określa, iż łączna wartość części ma być mniejsza niż 20% wartości zamówienia. Sformułowanie „*części*" w kwestionowanym przepisie jest niedookreślone, używane jest w różnym znaczeniu, co powoduje brak precyzji. Z uwagi na powyższe proponuję następujące brzmienie przepisu: „*W przypadku zamówień udzielanych w częściach, jeżeli wartość części jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, a wartość części jest mniejsza niż 20% wartości zamówienia, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości części zamówienia*", które jest spójne z uzasadnieniem projektu (uzasadnienie str. 3, zdanie 2)	Nie uwzględniono. Propozycja MEN nie oddaje intencji projektodawcy i zapisów dyrektywy. Jednak mając na uwadze potrzebę usunięcia wątpliwości interpretacyjnych przepis art. 6a zostanie przeredagowany i otrzyma nowe brzmienie: ,,Art. 6a. W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia"
Art. 1 pkt 11	MEN	Zawarte w art. 1 pkt 11 projektu ustawy sformułowanie „*uzasadniona przyczyna*", będzie powodowało wątpliwości interpretacyjne podczas stosowania dodawanego, w art. 25 *ustawy - Prawo zamówień publicznych,* ust. 1a	Warunkowo uwzględniono. UZP jest skłonny zrezygnować z dodawania przepisu art. 25 ust. 1a, ale rezygnacja ta jest uzależniona od stanowiska MI, które zaproponowało przedmiotową zmianę.

			Jednocześnie UZP proponuje wprowadzenie tożsamego rozwiązania w rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane.
Art. 1 pkt 14	MEN	W art. 1 pkt 14 lit. d projektu ustawy, w projektowanym, nowym brzmieniu ust. 6 w art. 38, po słowach „na stronie internetowej" proponuję dodać sformułowanie: „*jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia była udostępniona na stronie internetowej*". Art. 38 *ustawy – Prawo zamówień publicznych* zawiera przepisy dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Przepisy te stosuje się do wszystkich trybów udzielania zamówień, w tym m. in. do przetargu ograniczonego, w którym zamawiający nie ma obowiązku zamieszczania SIWZ na stronie internetowej. Wobec powyższego zamieszczanie na stronie internetowej informacji o przedłużeniu terminu składania ofert, wydaje się być uzasadnione jedynie w sytuacji, gdy również SIWZ jest zamieszczona na stronie internetowej, podobnie jak jest to przyjęte w art. 38 ust. 2, 3 i 4	Uwzględniono. Przepis art. 1 pkt 14 zostanie doprecyzowany poprzez dodanie wyrazów: „jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie".
Art. 1 pkt 16	MEN	W art. 1 pkt 16 lit. a projektu ustawy, dotyczącym zmiany brzmienia ust. 4 w art. 45 *ustawy – Prawo zamówień publicznych*, podniesiono wysokość progu wadium do 4% wartości zamówienia, co jest niespójne z opracowanym przez Ministerstwo Gospodarki, we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych, dokumentem pn. „*Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i*	Nie uwzględniono. Zmiana proponowana w art. 1 pkt 16 była przedmiotem konsultacji z przedstawicielami MI, MG, MRR oraz RCL. Propozycja zapisana w projekcie jest wynikiem kompromisu polegającego z jednej strony na podwyższeniu górnej granicy, w jakiej zamawiający może żądać wadium, a z

		średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój." Zgodnie z ww. dokumentem (rozdział 3 pkt 3.2) jedną z barier w dostępie małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych są m. in. obciążenia finansowe, w tym wniesienie wadium. Podnoszona w wielu miejscach uzasadnienia projektu ustawy chęć ułatwienia małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, nie jest spójna z proponowaną zmianą wysokości progu wadium.	drugiej strony na rezygnacji z określania granicy dolnej. W ocenie UZP takie rozwiązanie nie utrudni małym i średnim przedsiębiorcom udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia.
Uwaga ogólna	MEN	Należałoby rozważyć możliwość wprowadzenia do projektu ustawy przepisu, który stanowiłby o wykluczeniu wykonawcy/odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, w przypadku złożenia wniosku przez podmiot nieuprawniony (nieprawidłowe umocowanie). Obowiązujące przepisy *ustawy - Prawo zamówień publicznych* nie regulują sytuacji złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez podmiot nieuprawniony, np. w sytuacji, gdy pełnomocnictwo do podpisania oświadczeń i dokumentów jest wadliwe i zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą nie podlega uzupełnieniu. W powyższej sytuacji, na gruncie obowiązujących przepisów, nie ma możliwości wykluczenia takiego podmiotu, ani też nie określono czy ewentualnie mogą mieć zastosowanie przepisy dotyczące odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 ustawy	Nie uwzględniono. Proponowana zmiana zmierza do faktycznego ograniczenia dostępu wykonawców do postępowań o udzielenie zamówienia.

Art. 1 pkt 4	MSZ	Wątpliwości wynikają z propozycji dodania do ustawy - Prawo zamówień publicznych art. 6 a (pkt 4 projektu ustawy), z uwagi na jej sprzeczność z art. 32 ust. 2 tejże ustawy	Nie uwzględniono. Proponowany przepis art. 1 pkt 4 dotyczy wyłącznie zamówień udzielanych w częściach i stanowi odstępstwo od reguły ogólnej. Możliwość jego zastosowania jest uzależniona od ściśle określonych przesłanek. Jednocześnie przepis ten jest zgodny z art. 9 ust. 5 lit. a dyrektywy 2004/18/WE.
Art. 1 pkt 8	MSZ	Wątpliwości budzi propozycja nadania nowego brzmienia treści art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (pkt 8 projektu ustawy). Pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia może być co najwyżej traktowane jako rodzaj dokumentu potwierdzającego dysponowanie przez wykonawcę odpowiednim potencjałem ludzkim bądź technicznym, a więc warunku który jest bardzo precyzyjnie określony w obowiązującej ustawie.	Nie uwzględniono. Rozwiązanie zaproponowane w projekcie było przedmiotem uzgodnień i jest wynikiem konsensusu zawartego pomiędzy UZP a MI i MG. Rozwiązanie jest zgodne z art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE.
Art. 1 pkt 11	MSZ	Wątpliwości wynikają z propozycji dodania do ustawy - Prawo zamówień publicznych art. 25 ust. 1 a (pkt 11 projektu ustawy). Po pierwsze brak precyzji tego sformułowania będzie stwarzał możliwości do pełnej uznaniowości po stronie Zamawiających przy ocenie spełniania warunku oraz będzie tworzyć dodatkową podstawę do korzystania ze środków ochrony prawnej po stronie wykonawców. Stanowi to odstępstwo od czytelności zasad kwalifikacji wykonawców, które ustala zamawiający na początku postępowania (szczególnie	Warunkowo uwzględniono. UZP jest skłonny zrezygnować z dodawania przepisu art. 25 ust. 1a, ale rezygnacja ta jest uzależniona od stanowiska MI, które zaproponowało przedmiotową zmianę. Jednocześnie UZP proponuje wprowadzenie tożsamego rozwiązania w rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane.

		doniosłe skutki może to nieść za sobą w postępowaniach, w których Zamawiający w ramach pierwszego etapu dokonuje nie tylko oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale także ustala „ranking wykonawców", czyli kolejność wykonawców, którzy uzyskali najwyższą ocenę spełniania warunków). Konsekwencją powyższego jest ryzyko naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Po wtóre właściwszym miejscem na uregulowania dotyczące dokumentów wydaje się być rozporządzenie w sprawie dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawców.	
Art. 1 pkt 14 lit. c	MSZ	Wątpliwości budzi propozycja uchylenia art. 38 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych (pkt 14 lit. c) projektu ustawy). Uchylenie zakazu zmiany kryteriów oceny ofert i warunków udziału w postępowaniu podczas jego trwania podważa podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji. W istocie rodzi to możliwość zmiany najistotniejszych reguł postępowania decydujących o kwalifikacji wykonawcy i wyborze oferty najkorzystniejszej. Konsekwencją będzie możliwość manipulowania doborem wykonawców oraz wynikami postępowania.	Nie uwzględniono. Każda zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu dotycząca kryteriów oceny ofert i warunków udziału w postępowaniu będzie powodowała konieczność przedłużenia terminów składania ofert. W ocenie UZP stanowi wystarczające zabezpieczenie interesów wykonawców. Jednocześnie należy podkreślić, że postulat dopuszczenia możliwości dokonywania zmian w specyfikacji i ogłoszeniu o zamówieniu w pełnym zakresie został sformułowany przez miasta organizatorów finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012.
Art. 1 pkt 47	MSZ	Wątpliwości wynikają z propozycji dodania do ustawy -	Nie uwzględniono.

		Prawo zamówień publicznych art. 184 ust. 1 a pkt 1 (pkt 47 projektu ustawy), z uwagi na brak interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia przez potencjalnego odwołującego się. Wnosząc środek ochrony prawnej, którego celem będzie podważenie ważności wyboru trybu, wykonawca będzie żądał unieważnienia postępowania, w którym to żądaniu wykonawca nie jest w stanie wykazać się interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia	Czynność wyboru trybu niekonkurencyjnego jest czynnością godzącą w interes prawny wykonawcy, gdyż może zamykać mu drogę do uzyskania danego zamówienia. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do faktycznego pozbawienia ochrony prawnej potencjalnych wykonawców, zdolnych do wykonania zamówienia, ale nie mających możliwości wzięcia udziału w postępowaniu z uwagi na niezgodne z przepisami ustawy zastosowanie trybu niekonkurencyjnego.