Uzasadnienie

Część ogólna.

W nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych proponuje się wprowadzenie przepisów, które mają zapewnić uwzględnienie przez system zamówień publicznych wyzwań związanych z aktualną sytuacją gospodarczą. Do tego rodzaju rozwiązań należy zaliczyć m.in. uregulowania dotyczące zwiększenia płynności finansowej wykonawców w wyniku wcześniejszego zwalniania wadiów, zniesienia konieczności zabezpieczania należytego wykonania umowy w okresie gwarancji, zapewnienia dopuszczalności zaliczkowania przez zamawiających realizacji robót budowlanych, wsparcia wykonawców znajdujących się w trudnej sytuacji przez rezygnację z niektórych ustawowych przesłanek wykluczenia na rzecz fakultatywnych, m.in. z powodu zalegania z podatkami lub składkami ubezpieczeniowymi oraz dopuszczenia możliwości uwzględnienia przy opisie przedmiotu zamówienia względów społecznych dotyczących zatrudnienia osób trwale bezrobotnych. Wszystkie te zmiany zostaną szczegółowo omówione w dalszej części uzasadnienia.

Część szczegółowa.

W nowelizacji proponuje się oddzielić warunki udziału w postępowaniu, tj. posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem, osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1) od przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania (art. 24). W związku z udzielaniem konkretnego zamówienia, zamawiający będzie zobowiązany do sformułowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz zamieszczenia tego opisu w ogłoszeniu albo w zaproszeniu do negocjacji w przypadku trybów nie wymagających publikacji ogłoszenia.

W przepisie art. 22 ust. 2 nowelizacji implementuje się postanowienie art. 19 dyrektywy klasycznej dotyczące „zamówień zastrzeżonych” w taki sposób, iż zamawiający będą mieli możliwość zastrzeżenia w ogłoszeniu, że o udzielane zamówienie będą mogli się ubiegać wyłącznie wykonawcy, którzy uzyskali status pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej. Wprowadzenie tego przepisu ma wyrównać szansę zakładów pracy chronionej w ubieganiu się o zamówienia publiczne w celu integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy (teza 28 preambuły dyrektywy klasycznej).

Obecnie ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje wyłącznie obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w świetle dyrektywy klasycznej, która w art. 45 ust. 2 przewiduje fakultatywne przesłanki wykluczenia. W związku z powyższym oraz mając na względzie umożliwienie ubiegania się o zamówienia również wykonawcom, którzy znaleźli się w trudnej sytuacji ekonomicznej, której

wyrazem może być zaleganie z podatkami albo wyrządzenie szkody przy realizacji zamówienia, proponuje się implementowanie ww. postanowienia dyrektywy poprzez umożliwienie zamawiającemu wykluczania wykonawców z przyczyn określonych w art. 24 ust. 3 pkt 1 – 4 w przypadku gdy podstawy te zostały określone w ogłoszeniu albo w zaproszeniu do negocjacji. Proponuje się, aby fakultatywne przesłanki wykluczenia dotyczyły następujących wykonawców: 1) w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono; 2) skazanych za przestępstwa związane z działalnością zawodową, w tym przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową oraz przestępstwa przeciwko środowisku; 3) zalegających z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne; 4) którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 1 roku przed wszczęciem postępowania. Należy bowiem podkreślić, iż jednym ze sposobów wyjścia przez wykonawców z trudnej sytuacji ekonomicznej może być uzyskanie zamówień publicznych i w związku z powyższym jest uzasadnione stworzenie im szansy ich realizacji.

Z uwagi na fakt, iż zamawiający sektorowi są aktualnie uprawnieni na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 5 do stosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, proponuje się uchylenie tego przepisu.

Mając na względzie wagę zamieszczenia wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Prawo zamówień publicznych proponuje się, żeby Prezes Urzędu dokonywał zmian w wykazie na skutek informacji przesłanej przez sąd wydający przedmiotowe orzeczenie (art. 24 ust. 5 nowelizacji). Zaproponowane rozwiązanie będzie służyć wzmocnieniu gwarancji dla wykonawców, pewności zamawiających co do prawidłowości wykluczania wykonawców wpisanych na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu oraz zapewnieniu, iż wpis będzie dokonywany na skutek informacji pochodzącej od organu sądowego, przed którym nastąpiło rozpoznanie sprawy i wydanie orzeczenia stanowiącego podstawę wpisu.

W związku z aktualną sytuacją gospodarczą oraz z uwagi na dolegliwość tej sankcji dla wykonawców proponuje się skrócenie w art. 24 ust. 3 pkt 4 nowelizacji (obecnie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy) z 3 lat do 1 roku okresu wykluczania wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując lub wykonując nienależycie zamówienie, gdy szkoda została potwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu. Proponuje się, aby okres 1 roku, podczas którego wykonawca podlegałby wykluczeniu był liczony od dnia uprawomocnienia się orzeczenia sądu, które stwierdza wyrządzenie szkody nie wykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Stwierdzić należy, iż jest to wystarczająco dotkliwa sankcja, która zabezpiecza interes publiczny w sposób należyty.

Proponuje się doprecyzowanie przepisów dotyczących wskazania momentu, w którym wykonawca potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2a) oraz

uelastycznienie sposobu potwierdzania spełniania tych warunków (art. 26 ust. 2b i 2c). Wykonawca będzie zobowiązany na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym wykazać, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, spełnianie: warunków udziału w postępowaniu oraz nie podleganie wykluczeniu. Natomiast na dzień przystąpienia do wykonania zamówienia wykonawca będzie mógł wykazać spełnianie warunku dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zaproponowany przepis ma na celu ułatwienie wykazania przez wykonawców spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego oraz osób przy jednoczesnym zapewnieniu zamawiającym gwarancji, iż zamówienie będzie wykonywane przez podmiot dysponujący odpowiednim potencjałem i osobami.

Proponuje się w art. 26 ust. 2b nowelizacji wdrożenie przepisu art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE, który umożliwia wykonawcom alternatywne do zakładanego przez zamawiającego potwierdzenie znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej poprzez przedstawienie innych dokumentów (jeżeli wykonawca z uzasadnionej przyczyny nie może przedstawić dokumentów wymaganych przez zamawiającego), które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienie poprzez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu ma służyć przepis art. 26 ust. 2c nowelizacji, stanowiący wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 2 dyrektywy klasycznej, stosownie do którego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca będzie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim powiązań, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów.

W celu umożliwienia zamawiającym uwzględnienia przy udzielaniu zamówień publicznych tzw. kryteriów społecznych proponuje się wdrożenie w przepisie art. 29a postanowienia art. 26 dyrektywy klasycznej. Na podstawie tego przepisu zamawiający będzie mógł określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące względów społecznych, przede wszystkim zatrudnienia osób bezrobotnych, ale również osób niepełnosprawnych. Będą to mogły być również inne wymagania, np. aby osoby zaangażowane do wykonywania zamówień publicznych były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Zaproponowany przepis poprzez umożliwienie osobom bezrobotnymi i niepełnosprawnym aktywnego uczestnictwa w ramach realizacji zamówień publicznych przyczyni się do ograniczenia negatywnych zjawisk na rynku pracy.

W związku z tym, że warunki udziału w postępowaniu wynikają z art. 22 ust. 1 ustawy oraz, że zamawiający konkretyzuje je na podstawie art. 22 ust. 3 i 4 nowelizacji w odniesieniu do

udzielanego przedmiotu zamówienia poprzez opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków proponuje się, aby zamawiający określali w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 5) oraz ogłoszeniach (art. 41 pkt 7, art. 48 ust. 2 pkt 6 oraz art. 75 ust. 2 pkt 9): „warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków". Warunki należy wskazać, albowiem będą to warunki obligatoryjne (ustawowe) oraz fakultatywne. Warunki określa ustawa w przepisach art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 i 3, z tymże wskazane w pierwszym z przywołanych przepisów mają charakter abstrakcyjny, stąd zamawiający powinien podać sposób ich oceny, a więc pod pojęciem „opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków" należy rozumieć warunki określone przez zamawiającego w ogłoszeniu lub zaproszeniu do negocjacji związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do tego przedmiotu.

Projekt nowelizacji zakłada wprowadzenie zmian w przepisie art. 38 ustawy. W obecnym brzmieniu przepis ten zezwala na zadawanie pytań przez wykonawców dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert lub w przypadku istnienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem – nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert.

Zadawanie pytań przez wykonawców jest co do zasady rozwiązaniem korzystnym zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców. Z jednej strony pozwala zamawiającym poprawić ewentualne błędy w dokumentacji postępowania, z drugiej strony wykonawcy uzyskują pewność co do zasad, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne, a tym samym pozwala złożyć właściwą ofertę w postępowaniu.

Negatywną konsekwencją obecnie obowiązującego przepisu jest jednak to, iż liczne pytania zadawane przez wykonawców wpływają do zamawiającego tuż przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwia udzielenie odpowiedzi przed upływem tego terminu. Stąd też, zamawiający zmuszeni są niejednokrotnie do przedłużania terminów składania ofert w celu udzielenia odpowiedzi na zadawane pytania. Wywołuje to negatywne skutki w postaci przedłużania się procesu udzielania zamówienia publicznego.

W nowym brzmieniu przepisu art. 38 proponuje się szczegółowe określenie zasad zwracania się przez wykonawców z wnioskami o udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz udzielania takich wyjaśnień przez zamawiających. Zasadnicza zmiana dotyczy określenia terminu, do upływu którego wykonawca będzie uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o wyjaśnienia. W celu wyeliminowania sytuacji przedłużania terminu składania ofert w związku z koniecznością udzielenia odpowiedzi na zapytania wpływające na krótko przed jego upływem proponuje się, aby wykonawcy mogli składać wnioski o wyjaśnienia do końca dnia w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Jednocześnie przedłużenie terminu składania ofert nie będzie powodowało przedłużenia terminu składania wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia. Zamawiający będzie zobowiązany do niezwłocznego udzielania wyjaśnień, nie później jednak niż w terminach określonych w tym przepisie, tak by wykonawcy mieli odpowiedni czas na uwzględnienie wyjaśnień przy formułowaniu treści oferty, tj. zasadniczo nie później niż na 6 dni, ewentualnie na 4 dni w przetargu ograniczonego oraz negocjacjach bez ogłoszenia, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia albo 2 dni, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od tzw. „progów unijnych" - przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku złożenia przez wykonawcę wniosku po upływie powyższego terminu, zamawiający będzie mógł udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania. Na podobnych zasadach będą rozpatrywane wnioski złożone przez wykonawcę po upływie ustawowego terminu dotyczące wyjaśnienia udzielonych już przez zamawiającego odpowiedzi.

Proponowana zmiana spowoduje przeniesienie terminu wpływu wniosków o wyjaśnienia na wcześniejszą fazę postępowania, co niewątpliwie zapewni zamawiającym więcej czasu na przygotowanie wyjaśnień a wykonawcom na ich uwzględnienie w ofertach. Szczególne istotne znaczenie proponowana zmiana będzie miała dla przyśpieszenia postępowań prowadzonych w celu udzielenia dużych zamówień infrastrukturalnych, np. budowy autostrad, mostów, linii komunikacyjnych itp.

Zaproponowane brzmienie art. 38 nowelizacji jest zgodne z postanowieniem art. 39 ust. 2 oraz art. 40 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE.

Proponuje się uchylenie obowiązku zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, jeżeli wartość przedmiotu zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 milionów euro, a na dostawy lub usługi 10 milionów euro (art. 40 ust. 4). Obowiązek ten wiązał się bowiem z dodatkowymi kosztami zamieszczenia płatnego ogłoszenia w prasie przy braku rzeczywistego przełożenia na zwiększenie liczby wykonawców dowiadujących się w ten sposób o zamówieniu, gdyż podstawowe, a często wyłączne źródło informacje o tego rodzaju zamówieniach stanowi dla nich Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. Jednocześnie proponuje się doprecyzowanie art. 40 ust. 5 poprzez wskazanie jednej z dopuszczalnych form fakultatywnego opublikowanie ogłoszenia o zmówieniu, tj. zamawiający poza obligatoryjną publikacją ogłoszenia na stronie internetowej, w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz – w zależności od wartości zamówienia – w Biuletynie Zamówień Publicznych albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej będzie uprawniony do zamieszczenie ogłoszenia według swojego wyboru w inny sposób, w szczególności w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim.

Mając na względzie fakt, iż niezasadne oraz stanowiące znaczące obciążenie finansowe jest przetrzymywanie do chwili zawarcia umowy wadiów wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze proponuje się, aby na podstawie art. 46 ust. 1 nowelizacji zwracał wadium

wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zaproponowane rozwiązanie umożliwi wykonawcom odzyskanie środków pieniężnych albo zwrot dokumentów gwarancji lub poręczenia do ich wystawców, a tym samym wpłynie pozytywnie na sytuację finansową oraz możliwość ubiegania się o inne zamówienia. Z powyższą zmianą wiążę się propozycja nadania nowego brzmienia art. 85 ust. 4, zgodnie z którą obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Proponuje się uchylenie przepisów art. 147 ust. 3 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących obligatoryjnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zmiana ta jest podyktowana aktualną sytuacją gospodarczą, dążeniem do ograniczania obciążeń wykonawców związanych z realizacją zamówień publicznych oraz przyznaniem zamawiającym większej swobody w zakresie formułowania warunków wykonywania zamówień w zakresie zabezpieczenia należytego ich wykonania. Tak więc, proponuje się zniesienie ustawowego nakazu żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez zamawiającego.

Ponadto, proponuje się wprowadzenie rozwiązania w którym okres zabezpieczenia nie będzie obejmował okresu gwarancji jakości. Obecnie zabezpieczanie należytego wykonania umowy może służyć pokryciu roszczeń zamawiającego z tytułu rękojmi za wady oraz gwarancji jakości. Z uwagi na często długi okres trwania gwarancji oraz w celu uwolnienia środków finansowych, które mogą być wykorzystane przez wykonawców na cele związane bezpośrednio z prowadzeniem przez nich działalności gospodarczej, zrezygnowano z pozostawiania zabezpieczenie należytego wykonania umowy na pokrycie roszczeń z tytułu gwarancji jakości (art. 151 ust. 2 i 3 nowelizacji).

Dopuszcza się w sposób jednoznaczny możliwość udzielania zaliczek na poczet wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego. Jest to szczególnie ważne w sytuacji ograniczenia możliwości pozyskiwania przez wykonawców finansowania realizowanych przez nich robót. Możliwość ta zachodzić będzie wyłącznie w przypadku zamówień na roboty budowlane udzielanych w trybie wszczynanym publikacją ogłoszenia. Ma to być również zachęta dla zamawiających do stosowania trybów otwartych, zapewniających właściwe stosowanie i wykorzystanie tego instrumentu. Zamawiający będzie mógł udzielić zaliczki na poczet robót budowlanych do wysokości 5% ich ceny, nie większej jednak niż 20 000 000 zł, pod warunkiem, iż taką możliwość przewidzi w ogłoszeniu o zamówieniu albo specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający będzie miał możliwość bieżącego zaliczkowania robót budowlanych, tj. udzielania kolejnych zaliczek pod warunkiem, iż wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielanych zaliczek.

Obecnie zabezpieczanie należytego wykonania umowy może służyć pokryciu roszczeń zamawiającego z tytułu rękojmi za wady oraz gwarancji jakości. Z uwagi na często długi okres trwania gwarancji oraz w celu uwolnienia środków finansowych, które mogą być wykorzystane przez wykonawców na cele związane bezpośrednio z prowadzeniem przez nich działalności gospodarczej, zrezygnowano z pozostawiania zabezpieczenie należytego wykonania umowy na pokrycie roszczeń z tytułu gwarancji jakości (art. 151 ust. 2 i 3 nowelizacji).

Obecnie stosownie do art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej pobiera się opłatę stałą w wysokości 3 tysięcy złotych. Następstwem tego jest uiszczanie opłaty w ww. wysokości od skarg wnoszonych w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych o różnych wartościach, a tym samym opłata ta należy się w jednakowej wysokości od skargi zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości przekraczającej równowartość w złotych 14 000 euro, jak i w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości liczonej w miliardach złotych. Ponadto wpis od odwołania wnoszonego do Krajowej Izby Odwoławczej orzekającej w pierwszej instancji wynosi więcej (7,5 tysiąca do 20 tysięcy w zależności od rodzaju i wartości zamówienia) niż opłata od skargi do sądu na orzeczenie Izby. Dotychczasowe uregulowanie nie jest uzasadnione oraz może relatywnie zachęcać do wnoszenia skarg w postępowaniach o udzielenie zamówień o znacznych wartościach. W związku z tym proponuje się, aby wnoszący skargę uiszczał opłatę sądową w wysokości odpowiadającej wysokości wpisu od odwołania. W następstwie powyższego ujednolicona zostanie wysokość wpisów i opłat uiszczanych od środków ochrony prawnej wnoszonych w jednym postępowaniu oraz jednocześnie zróżnicowana zostanie ich wysokość w odniesieniu do różnych postępowań poprzez uwzględnienie wartości i rodzaju udzielanego w nich przedmiotu zamówienia. Konsekwencją zaproponowanych zmian jest uchylenie art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Ze względu na to, iż w interesie publicznym leży jak najszybsze dokonanie proponowanych zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych, w szczególności w przepisie art. 38, którego celem jest usprawnienie procesu udzielania dużych zamówień infrastrukturalnych zarówno w interesie zamawiających, jak i wykonawców, proponuje się aby ustawa w zakresie zmiany art. 38 ust. 1a i 1b weszła w życie z dniem publikacji w Dzienniku Ustaw natomiast inne proponowane zmiany weszły w życie w terminie 14 dni od dnia ogłoszenia. W związku z tym proces legislacyjny dotyczący proponowanej zmiany, powinien odbyć się odrębnie od planowanej zmiany ustawy mającej na celu dostosowanie prawa krajowego do dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. UE L 335 z 20.12.2007 r. s. 31).

W wykonaniu przepisu art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414) projekt ustawy został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej.