

Projekt zmian do ustawy Prawo zamówień publicznych

Założenia do nowelizacji (cz. 1)

Do 21 sierpnia 2011 r. państwa członkowskie Unii Europejskiej mają obowiązek wdrożyć do swoich porządków prawnych zapisy dyrektywy obronnej. Urząd Zamówień Publicznych przygotował projekt założeń do kolejnej nowelizacji.

Agnieszka Zaborowska

Prawnik, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC

Przygotowane założenia dotyczą dwóch kwestii – implementacji dyrektywy 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (tzw. dyrektywy obronnej) oraz zmian przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej: pzp, mających głównie charakter redakcyjny i zwiększający przejrzystość, ale również wzrost zainteresowania wykonawców i zamawiających licytacją i aukcją elektroniczną, a także dynamicznym systemem zakupów¹.

W zakresie obowiązujących przepisów Urząd Zamówień Publicznych zaproponował następujące zmiany.

■ Definicje pojęć: roboty budowlane oraz obiekt budowlany

Jedną z proponowanych zmian jest modyfikacja definicji robót budowlanych, a także dodanie definicji obiektu budowlanego, która ma zapewnić spójność dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (dyrektywa klasyczna) oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (dyrektywa sektorowa) z przepisami pzp.

Na precyzyjne określenie zakresu pojęcia robót budowlanych pozwolą przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów zawierającego wykaz działalności, które w świetle dyrektywy klasycznej i sektorowej są robotami budowlanymi. Do przepisów pzp zostanie też dodany przepis upoważniający do wydania przedmiotowego rozporządzenia.

■ Zasady udzielania zamówień publicznych

Urząd Zamówień Publicznych sugeruje uzupełnienie katalogu zasad uregulowanych w pzp poprzez wprowadzenie zasady, zgodnie z którą normy

zawarte w tych przepisach mają zapewnić celowe, oszczędne i efektywne wydatkowanie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia publicznego. Jednakże wprowadzenie przedmiotowej zasady nie będzie oznaczać ograniczenia uprawnienia zamawiających do ustalania innych niż cena kryteriów oceny ofert. Ponadto, przy udzielaniu zamówień sektorowych poniżej tzw. progów unijnych, proponuje się wprowadzić zobowiązanie zamawiającego do stosowania zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania.

■ Wykluczenie wykonawcy z postępowania

Zmiana ma dotyczyć rozszerzenia katalogu przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Miałoby ono dotyczyć trzech sytuacji:

- 1) jeżeli wykonawcy powiązani ze sobą (czyli pozostający ze sobą w stosunku zależności lub dominacji) złożąby odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, iż istniejące między

- nimi relacje nie miały wpływu na ich zachowania w postępowaniu, w tym nie działali na podstawie umowy lub ich ubieganie się o zamówienie nie jest ograniczane przez innych powiązanych z nimi wykonawców uczestniczących w tym samym postępowaniu,
- 2) gdy wykonawcy wzajemnie udostępniają sobie potencjał w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, iż nie utrudnia to uczciwej konkurencji,
 - 3) gdy wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołują się na zasoby tego samego podmiotu trzeciego, chyba że wykażą, iż istnienie tego rodzaju stosunków nie utrudnia uczciwej konkurencji.

■ Dialog techniczny

Nowelizacja ma także na celu implementację instytucji dialogu technicznego (przewidzianego w dyrektywie klasycznej oraz dyrektywie sektorowej), dzięki któremu zamawiający – przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – będzie miał możliwość zwrócenia się do podmiotów trzecich o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie przygotowania postępowania. Takie rozwiązanie będzie dawało zamawiającym możliwość zapoznania się i dostosowania swoich potrzeb do aktualnych standardów i cen obowiązujących na rynku usług, dostaw lub robót budowlanych. Istotny jest przy tym fakt, iż dialog techniczny będzie prowadzony zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji, dlatego też UZP proponuje obligatoryjne zamieszczenie informacji o zastosowaniu przedmiotowej instytucji w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dialog techniczny dotyczy. Ponadto, zdaniem UZP, informacje o przeprowadzeniu dialogu technicznego, podmiotach uczestniczących, a także jego oddziaływaniu

Proponowane definicje

1. Roboty budowlane – wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w rozporządzeniu lub obiekty budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.
2. Obiekt budowlany – wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

na opis przedmiotu zamówienia powinny stanowić załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

■ Informacje zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

W związku z tym, iż w treści pzp znajdują się przepisy mówiące o tym, jakie informacje zamawiający może zawrzeć w treści siwz, a nie są one zawarte bezpośrednio w treści art. 36 ust. 2 ustawy, UZP proponuje, aby uzupełnić brzmienie tego przepisu o informacje dotyczące:

- 1) możliwości dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz o warunkach takiej zmiany, jeżeli zamawiający przewiduje taką ewentualność,
- 2) możliwości udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia,
- 3) częściach zamówienia, których wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy,
- 4) warunkach, po spełnieniu których zamawiający dopuści wskazanego

przez wykonawcę podwykonawcę do realizacji zamówienia,

- 5) obowiązujących przepisach prawa pracy i wynikających z nich obowiązkach wykonawcy przy realizacji zamówienia,
- 6) sposobie kontroli wypełniania przez wykonawców ciężących na nich obowiązków z zakresu prawa pracy przy realizacji zamówienia.

■ Ogłoszenie o zamówieniu

Redakcyjną zmianę zaproponowano również w stosunku do treści art. 41 pzp. Urząd Zamówień Publicznych sugeruje, aby ponad określone w ww. przepisie obligatoryjne informacje, które muszą być zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu, uwzględniono w nim informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pzp).

■ Oświadczenia wykonawcy

Zdaniem UZP istnieje też konieczność doprecyzowania treści oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wskazanie, iż oświadczenie odnosi się zarówno do warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 pzp), jak i do braku podstaw do wykluczenia z przyczyn niespełnienia warunków (art. 24 ust. 1 pzp). W tym zakresie zmiana ulegną również przepisy: art. 50 ust. 1, art. 68 ust. 2 oraz art. 105 ust. 2 pzp.

■ Wadium

Sugeruje się także zamiany w zakresie zatrzymania przez zamawiającego wadium w związku z nieuzupełnieniem przez wykonawcę dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. W opinii UZP obecne brzmienie ww. przepisu powinno zostać zmodyfikowane w taki sposób, aby

zamawiający był uprawniony do zatrzymania wadium wraz z odsetkami wyłącznie gdy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, iż wykonawca udaremnia lub utrudnia postępowanie poprzez niezłożenie ww. dokumentów lub ich złożenie, jednakże bez wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, w przypadku wadium wniesionego w innej formie niż pieniężna, proponowane jest wprowadzenie do pzp przepisów pozwalających zamawiającemu – po upływie terminu ważności wadium – na dochodzenie roszczenia wobec wykonawcy o zapłatę kwotę równej kwocie wadium, pod warunkiem iż okoliczności uzasadniają do dochodzenie roszczeń miały miejsce w okresie związania wykonawcy złożoną ofertą oraz w okresie ważności wadium.

■ Kryteria prekwifikacji wykonawców

Proponowana jest również zmiana art. 51 ust. 2 pzp w zakresie rozszerzenia kryteriów, które zamawiający mógłby zastosować w celu wyłonienia wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu (tj. składania ofert, udziału w negocjacjach albo w dialogu) w trybie przetargu ograniczonego, dialogu konkurencyjnego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Zamawiający mógłby stosować kryteria nie tylko odnoszące się do spełniania w największym stopniu warunków udziału w postępowaniu (zazwyczaj dotyczące wiedzy i doświadczenia), ale obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.

■ Licytacja elektroniczna

Przewidywane są również zmiany w zakresie doprecyzowania art. 75 ust. 2 pkt 5 pzp, tj. określonego w ogłoszeniu o zamówieniu sposobu postępowania w toku licytacji elektronicznej, w szczególności określenia minimalnych wysokości postąpień, poprzez dopuszczenie przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu

ceny wywoławczej licytacji elektronicznej w celu uelastyczenia oraz skoncentrowania składania postąpień przekładających się na ostateczny wynik licytacji. W zakresie trybu licytacji elektronicznej UZP proponuje również wprowadzenie przepisu, na podstawie którego zamawiający będzie mógł udostępnić opis przedmiotu zamówienia na swojej stronie internetowej począwszy od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod warunkiem iż informacje w tym zakresie zawrze również w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto zaproponowano przyznanie wykonawcom uprawnień do zadawania pytań dotyczących ogłoszenia o zamówieniu, a zamawiającemu uprawnienia do modyfikacji jego treści. Przedmiotowe rozwiązanie ma być odpowiednikiem zadawania pytań do treści siwz oraz jej modyfikacji.

■ Rażąco niska cena

Urząd Zamówień Publicznych postuluje zmianę przepisów dotyczących dokonywania oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę, które mają na celu wyjaśnienie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Propozycją jest dodanie do kryteriów oceniających taką sytuację przesłanki „uwarunkowania lokalnego” oraz wprowadzenie przepisu nakazującego zamawiającemu wzięcie pod uwagę zachowań wykonawcy przy realizacji zamówienia, takich jak: wypełnianie obowiązków wynikających z przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz przestrzegania zasad bhp.

■ Aukcja elektroniczna

Jedną z najistotniejszych propozycji zmian jest umożliwienie składania postąpień nieopatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W takiej sytuacji

wykonawca będzie zobligowany do pisemnego potwierdzenia oferty najkorzystniejszej złożonej w toku aukcji elektronicznej przed upływem terminu wyznaczonego przez zamawiającego. Jeżeli wykonawca nie dokona ww. potwierdzenia, będzie on traktowany jak wykonawca, który odmówił zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

■ Dynamiczny system zakupów

Zniesienie obowiązku stosowania bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu proponuje się wprowadzić również w przypadku dynamicznego systemu zakupów. Dodatkowo przewidywana jest rezygnacja z obowiązku składania przez wykonawcę wyłącznie ofert nie mniej korzystnych od oferty orientacyjnej.

■ Roczne sprawozdanie o udzielanych zamówieniach publicznych

Wnioskuje się o rozszerzenie zakresu informacji podawanych przez zamawiającego w rocznych sprawozdaniach o udzielanych zamówieniach. Proponuje się, by obowiązek informacyjny dotyczył zarówno postępowań, do których mają zastosowanie przepisy pzp, jak i postępowań, co do których stosowanie przepisów pzp jest wyłączone (art. 4 pzp), a które dotyczą m.in.: usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, materiałów przeznaczonych do emisji, usług finansowych.

■ Udzielanie zamówień przez koncesjonariuszy w związku z realizacją umowy koncesji na roboty budowlane

Umożliwienie zamawiającemu zobowiązania wykonawcy, który jest koncesjonariuszem robót budowlanych, do zawarcia z innymi podmiotami umowy o podwykonawstwo stanowiącej co najmniej 30% wartości koncesji,

to kolejna propozycja zmian. Jednakże umowy zawarte między wykonawcami w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji, umowy z podmiotami będącymi w stosunku do wykonawcy podmiotami dominującymi lub zależnymi, a także pomiotami, na zasobach których koncesjonariusz polegał – nie będą uważane za umowy o podwykonawstwo. Bardzo istotną propozycją jest uregulowanie, iż wykonawca, z którym została zawarta umowa koncesji na roboty budowlane, nie będzie zobowiązany do stosowania procedury przewidzianej w art. 131 ust. 2 pzp. Zatem, będzie on uprawniony do bezpośredniego udzielania zamówień nie tylko konsorcjom oraz podmiotom powiązanym, ale również podmiotom, na zasobach których koncesjonariusz polegał, ubiegając się o uzyskanie koncesji na roboty budowlane.

■ System kwalifikowania w zamówieniach sektorowych

Proponuje się wdrożyć do pzp przepisy (przewidziane w dyrektywie sektorowej) umożliwiające zamawiającym sektorowym tworzenie i utrzymanie systemów kwalifikowania wykonawców. Przedmiotowy system polega na tym, iż zamawiający prowadzi – na podstawie wcześniej przeprowadzonych procedur kwalifikacyjnych – wykaz wykonawców zajmujących się daną kategorią zamówień. Prowadzenie takiego wykazu pozwoli zamawiającemu zaoszczędzić czas i koszty związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza gdy zamierza on udzielić zamówienia w trybie negocjacyjnym lub ograniczonym.

■ Udzielanie zaliczek

Od zasady nieudzielenia przez zamawiającego zaliczek, gdy wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie z wolnej ręki (art. 151a ust. 3 pzp), UZP zaproponował wprowadzenie wyjątku dotyczącego

sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia z zakresu kultury i sztuki.

■ Powoływanie biegłych przez prezesa UZP

W celu uzyskania wiadomości specjalnych na potrzeby postępowań wyjaśniających, a także postępowań kontrolnych, prezes UZP będzie posiadał kompetencję do powoływania biegłych wpisanych na listę biegłych sądowych ustanowionych przy sądzie okręgowym.

■ Rozpoznawanie zastrzeżeń do wyników kontroli prezesa UZP

W zakresie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej lub kontroli uprzedniej, które nie zostały uwzględnione przez prezesa UZP, sugeruje się zmianę podmiotu rozpatrującego zastrzeżenia. Zamawiający będzie mógł wnieść skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, a nie – jak dotychczas – do Krajowej Izby Odwoławczej. Następnie od wyroku WSA w Warszawie prezes UZP oraz zamawiający będą mogli wnieść skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

■ Kary pieniężne

W celu ograniczenia przypadków naruszania pzp, UZP proponuje zaostrożenie przepisów poprzez zmianę obecnie obowiązujący kar (tj. 3000 zł, 30 000 zł i 150 000 zł) na następujące wysokości:

1. do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie w przypadku udzielenia zamówienia:

- a) z naruszeniem przepisów pzp określających przesłanki stosowania trybów udzielania zamówienia: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- b) bez wymaganej publikacji zamówieniu odpowiednio w BZP lub w DzUrz UE,
- c) bez zastosowania pzp,

2. do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie w przypadku dokonania zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów pzp,

3. do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie w przypadku:

- a) opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny lub niezwiązany z przedmiotem zamówienia,
- b) opisanie przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- c) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia,
- d) odrzucenia oferty z naruszeniem przepisów pzp określających przesłanki odrzucenia oferty, e) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów art. 87 pzp

– jeżeli naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,

4. do 2% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie w przypadku:

- a) prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności,
- b) nieprzestrzegania terminów określonych w pzp

– jeżeli naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. ▀

Przypisy:

- ¹ Niniejszy artykuł został przygotowany w oparciu o „Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych”, przygotowany przez Urząd Zamówień Publicznych.