

# NOWE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – OCENA NIEKTÓRYCH PROPOZYCJI

DR WŁODZIMIERZ DZIERŻANOWSKI

# KILKA UWAG OGÓLNYCH

1. Obszerność (332 – 682 ) i jej przyczyny
  1. Kazyistyka – wada czy zaleta
  2. Zawartość jednostek redakcyjnych
  3. Przeniesienie norm z rozporządzeń – dobre i złe strony
2. Prawo Zamówień Publicznych czy Kodeks Zamówień Publicznych
3. Brak odesłania do przepisów Kodeksu Cywilnego
4. Utrzymane rozwiązania prawne, a utrzymane sformułowanie przepisów – kiedy dobrze, a kiedy źle
5. Przepisy deklaratywne – potrzebne czy zbędne
6. Systematyka i co z niej wynika
7. Język – potoczność językowa i wielość definicji

# „NOWE” ZASADY

## Niektóre przepisy szczegółowe ustalające rozumienie zasady

Art. 20 ust 1– zasada **pisemności**. Jest to zasada zbędna, gdyż pisemność staje się wyjątkiem od reguły, którą jest dokonywanie czynności przy użyciu środków komunikacji elektronicznej . Ponadto ujęcie pisemności w taki sposób (odmienny niż w Kc) raczej przesądza o oczekiwaniu formy dokumentowej w znaczeniu Kc i to ujęcie wydaje się zasadne do wykorzystania.

Art. 83 ust. 2 – zasada **jawności** ogranicza dostęp do załączników do protokołu (w tym ofert i wniosków) uprawniając do niego tylko wykonawców i podmioty uprawnione do składania środków ochrony prawnej. Takie ograniczenie zasady jawności jest niecelowe.

Art. 92 – zasada **efektywności** i niewykonalny, a więc nieskuteczny i zbędny obowiązek czynności w toku analizy potrzeb zamawiającego.

# KILKA NAWIĄZAŃ DO STAREJ PZP

- Art. 60 - utrzymany obowiązek powołania zespołu projektowego to przykład błędnego rozwiązania legislacyjnego, które nie przyniosło żadnych korzyści a komplikuje pracę zamawiających.
- Art. 424 ust. 3 – zasadne jest przywrócenie możliwości udzielania zamówienia w trybie zapytania o cenę
- Dział IX – nie rozwiązano problemu dostępności do odwołań ze względu na barierę finansową w najmniejszych zamówieniach. Skargą w takiej sprawie zajmuje się obecnie Trybunał Konstytucyjny (SK/917)

## DOBRE !!!!

- 1) Zdefiniowanie pojęć powszechnie stosowanych i nadanie im znaczenia prawnego
- 2) uporządkowanie przepisów dotyczących przesłanek wykluczenia z postępowania,
- 3) przesądzenie o zakresie i terminie składania dokumentów żądanych od wykonawcy,
- 4) zakaz uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych,
- 5) katalog zakazanych postanowień umowy,
- 6) obowiązek sporządzania raportu z wykonania umowy,
- 7) obowiązek zamieszczania ogłoszeń o wykonaniu umowy,

## WCIAŻ DOBRZE

- 1) przywrócenie w pełnym zakresie obowiązywania ustawy prawa do odwołania od decyzji zamawiającego,
- 2) ustalenie jednego sądu zamówień publicznych,
- 3) prowadzenie skargi kasacyjnej do SN dla stron i uczestników postępowania,
- 4) wydłużenie terminu na wniesienie skargi na orzeczenie KIO,
- 5) jasne ustalenie zasad wyrażania zgody na poprawienie omyłek w ofercie poprzez dorozumiane oświadczenie woli,
- 6) oznaczanie terminów wykonania umowy w jednostkach czasu a nie określoną datą końcową by nie przenosić ryzyka opóźnień w procedurze wybory oferty na wykonawcę,
- 7) obowiązkowa waloryzacja wynagrodzenia w umowach o długim okresie obowiązywania.

# PROGI

**Art. 2 ust 2** – zamieszczanie w skali ogólnopolskiej ogłoszeń o zamówieniach w mikroskali (50 tys. zł) jest dysfunkcjonalne i nie ma wpływu na konkurencję. Dla jawności tych zamówień, co jest wartością istotną, zupełnie wystarczające byłoby zamieszczanie takich ogłoszeń na stronie internetowej zamawiającego

**Szereg przepisów** rozwiązania o podwyższonym zakresie obowiązków zamawiającego przewiduje dla zamówień o wartości wyższej niż 10/20 mln euro. Wydaje się że po latach obowiązywania tych kwot i coraz większej wartości zamówień kwoty te powinny zostać podniesione we wszystkich tych przepisach co najmniej dwukrotnie.

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE)

## zakres stosowania, niektóre definicje

**Art. 8 pkt 17)** nie rozstrzyga zasadniczej obecnie wątpliwości czy sama czynność zawarcia umowy jest jeszcze czynnością w toku postępowania o udzielenie zamówienia, czy już nie stanowiąc pierwszą czynność po zakończeniu postępowania.

**Art. 8 pkt 25).** definicja „udzielenia zamówienia publicznego” wydaje się merytorycznie błędna, gdyż skoro zamówienie publiczne to umowa odpłatna (tak kolejna definicja), to jego udzielenie to po prostu *zawarcie umowy*, a nie tak jak błędnie i niezgodnie z przepisami prawa cywilnego stanowi projekt „*nabycie zamówienia*”. Nabycie następuje po wykonaniu umowy wzajemnej, a nie w chwili udzielania zamówienia.



# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE)

## umowa o podwykonawstwo, umowa konsorcjum

**Art. 8 pkt 27** – rezygnacja w definicji umowy o podwykonawstwo z jej pisemności (lub co najmniej formy dokumentowej) dla wywołania skutków wynikających z ustawy jest polem do daleko idących trudności a nawet nadużyć na szkodę sektora publicznego. Roszczenia wobec zamawiającego będą bowiem mogli zgłaszać podwykonawcy, którzy bez zgody zamawiającego zostali zaangażowani w wykonywanie zamówienia.

**Art. 63 ust. 3** – należy skreślić uprawnienie zamawiającego do żądania by wykonawcy (konsorcjum) przyjęli określoną formę prawną po udzieleniu im zamówienia.

**Art. 104 ust. 1** wskazuje, że zamawiający może ustalić iż ofertę wariantową (gdy była żądana oprócz oferty podstawowej) składa się nie jednocześnie z ofertą podstawową, lecz później. To naruszenie zasady uczciwej konkurencji

**Art. 131 ust 3** nakłada na członka konsorcjum, który wykazał potencjał kwalifikacji, wykształcenia lub doświadczenia obowiązek wykonania robót lub usług – po co ???

A jednocześnie w art. 63 ust 4 projektu W regulacjach dotyczących polegania na zasobach podmiotu trzeciego brakuje takiej regulacji.

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE) wadium

**Art. 110 ust. 10** – żądanie by wadium był sygnowane koniecznie podpisem elektronicznym jest niezasadne. Wadium nie jest czynnością między wykonawcą a zamawiającym i jego złożenie np. bezpośrednio przez bank do zamawiającego nie wymaga stosowania elektronicznych środków do przekazania dokumentu wadium w oryginale (pisemnego w rozumieniu Kc)

Art. 111 ust. 2 - zwrot wadium na wniosek wykonawcy powinien wiązać złożenie wniosku o zwrot wadium z oświadczeniem o rezygnacji z dalszego ubiegania się o zamówienie.

Art. 111. Brakuje przepisu dotyczącego zwrotu wadium w innych formach niż pieniądź.

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE) wykluczenie

**Art. 122 pkt 1)** – przepis posługuje się podstawami prawnymi karalności ustalonymi w prawie polskim. Wydaje się że konieczna jest norma ogólna, która wskazywałaby na wykluczenie, gdy wykonawca został skazany za tego rodzaju przestępstwa (odpowiadające typologii polskiego kk) w przepisach innych krajów UE

**Art. 123 ust 1 pkt 7)** - wykluczenie za niewyłączenie osoby po stronie zamawiającego.

**Art. 125 pkt 4)** - nie rozwiązano problemu jak rozumieć „od zaistnienia zdarzenia” np. w przypadku zmowy przetargowej (choć TSUE to przesądza)

**Art. 126 ust. 2 pkt 1)** – przepis jest zbędny. W przepisach prawa polskiego brak jest norm, które nadają uprawnienia do występowania w obrocie prawnym.

**Art. 128 pkt 1)** niewłaściwie (z pominięciem skutku wymaganego art. 288 TFUE) inkorporuje przepisy dyrektywy. Nakazuje bowiem honorować zamawiającym koncesje zezwolenia, licencje, jeśli ich posiadanie jest konieczne do wykonywania usług w kraju pochodzenia wykonawcy.

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE) dokumenty

**Art. 142 ust 1** – w zakresie normy (o uzupełnianiu) znalazły się „inne dokumenty i oświadczenia nie będące przedmiotowymi środkami dowodowymi” . Tego typu ogólne sformułowania sprawiają wrażenie jakby były dodane na wszelki wypadek. Skoro są zdefiniowane podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe to jakie inne dokumenty/oświadczenia miałyby podlegać uzupełnianiu?

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE)

## SWZ czy SIWZ

**Art. 150** dotyczący zawartości SWZ wskazuje w ust 1 informacje obligatoryjne, zaś w ust 2 informacje wymagane tylko wówczas, gdy z określonych rozwiązań prawnych się korzysta. Wydaje się że część wymagań jest przypisana błędnie (np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy)

**Art. 151 ust. 2** – zadawanie pytań do połowy terminu składania ofert (1) termin wyznaczony – warto wskazać kiedy rozpoczyna się bieg terminu – początkiem terminu powinien być dzień publikacji ogłoszenia/swz (a nie jego przesłania jak przyjmuje praktyka obecna),

**Art. 158** –utrzymuje błędne rozwiązanie nakazujące publikację SWZ w przetargu ograniczonym już w chwili ogłaszania przetargu.

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE)

## kryteria, ocena ofert

**art. 239 ust. 4** - utrzymano rozwiązanie z obecnej ustawy Pzp, że wybór oferty bez zastosowania kryterium ceny jest możliwy tylko gdy ceny stałe obowiązują z mocy prawa lub decyzji organu. Dyrektywy UE dopuszczają rozwiązanie szersze.

**Art. 245** nakazuje przypisywać wagę kryteriom – pytanie po co w każdym przypadku, skoro np. przy jedynym kryterium ceny jest to działanie sztuczne – wystarczy powiedzieć, że wybrana zostanie oferta najtańsza (bez wag i punktów)

**Art. 264 ust 1** zdaje się przesądzać, że do udziału w aukcji elektronicznej zamawiający zaprasza wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty poddane badaniu i ocenie niezależnie od wyników tej oceny.

**Ar. 271 ust 2** - przyjęto rozwiązanie, zgodnie z którym możliwy będzie wybór oferty po upływie terminu składania ofert za zgodą wykonawcy. Utrzymano tym samym sprzeczną z cywilistyczną instytucją związania ofertą dopuszczalność wyboru oferty, której nie ma.

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE)

## ocena ofert cd

**art. 278 ust. 1 pkt 2)** - niezgodny z prawem UE jest brak obowiązku uzasadniania odrzucenia oferty

**Art. 280** - katalog form zakończenia postępowania jest niewyczerpujący. Możliwe jest także np. gdy termin związania ofertą dla wszystkich ofert upłynął i żaden wykonawca nie chce zawrzeć umowy

**Art. 281** – konieczne jest uzupełnienie przesłanek o przesłankę wynikającą z zakazu zmiany ogłoszenia w istotnym zakresie (art. 102 ust. 3.)

**Art. 308** – nieprawidłowe z punktu widzenia zgodności z prawem UE jest wprowadzenie obowiązku konkursu na usługi projektowania architektonicznego. Ogranicza to ograniczenie swobody stosowania procedury otwartej, co państwo członkowskie winno zapewnić (art. 26 ust. 2 dyrektywy).

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE) szczegóły w umowach

**Art. 467 ust. 2 pkt 1)** – uznanie, że dowodem potwierdzającym fakt zatrudniania osób w oparciu o umowę o pracę, może być oświadczenie ich pracodawcy niesie w sobie istotne ryzyko uzyskiwania w wielu przypadkach informacji niewiarygodnych.

**Art. 472 ust. 6** – omyłkowe pominięcie odesłania do art. 5 powoduje zakaz udzielania zaliczek w zamówieniach sektorowych

**Art. 481 ust. 2 i 3** – rozróżnienie sytuacji w których zabezpieczenie wykonania umowy może wynosić do 10 oraz do 5% ceny jest zbędne



# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE)

## instytucje

**Art. 495 ust. 2** - nie jest właściwe utrzymanie podporządkowania ministrowi właściwemu ds. gospodarki Prezesa UZP. Prezes Urzędu jest organem, który posiada cechy organu regulacyjnego. Cechą organu regulacyjnego jest niezależność

**Zbędne jest utrzymanie Rady Zamówień Publicznych.** jej rola jest znikoma, szczególnie przy powołaniu nowego – istotniejszego ciała – Komitetu ds. Kontroli w zamówieniach publicznych.

**Dział VIII rozdział 2** – w przepisach o Krajowej Izbie Odwoławczej nie rozwiązano ważne kwestii awansu zawodowego członków Izby.

Nie rozwiązano także kwestii dostępności Izby do wiedzy fachowej, co w szczególności przy utrzymaniu (nawet fakultatywnie) funkcjonowania Izby koncyliacyjnej będzie miało niebagatelne znaczenie

**Art. 620 i in.** - obligatoryjny charakter postępowania koncyliacyjnego może być naruszeniem prawa do sądu. Czas trwania koncyliacji, opóźniający możliwość zwrócenia się do sądu, konieczność dwukrotnej opłaty (w obowiązkowym postępowaniu koncyliacyjnym, a następnie sądowym, brak przerwania lub wydłużenia okresu przedawnienia poprzez wniesienie wniosku o koncyliację, utrudnia dostęp do sądu.

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE)

## środki ochrony prawnej

- Art. 543 ust 3 - utrudnieniem sprawności udzielania zamówień jest przywrócenie przepisów o składaniu odwołań (z zapewnieniem zachowania terminu) za pośrednictwem operatora pocztowego.
- Art. 614 - przywrócenie terminu na czynność procesową jest rozwiązaniem niepożądanym.
- Przepisy o środkach ochrony prawnej nie przewidują przepisu który pozwalałby na zrzeczenie się prawa do apelacji (dozwolonego w polskim systemie prawnym),
- Brak przepisów o odszkodowaniu, przy braku odesłania do Kc, pozwala na wnioskowanie, że taki środek stronom, za szkody poniesione w postępowaniu odwoławczym nie przysługuje.

# INACZEJ NIŻ DOBRZE..... (CO NIE ZAWSZE ZNACZY ŹLE)

## kontrola

- nieefektywny system kontroli Prezesa UZP Konieczne jest zniesienie kontroli zamówień przez Prezesa UZP, czyniąc z tego organu organ opiniodawczy dla wszystkich instytucji kontrolnych, które miałyby obowiązek zwracać się do Prezesa UZP o wydanie opinii w sprawach stanowiących trudność w toku kontroli i byłby związane opinią Prezesa UZP w tym zakresie
- Art. 668 ust 1 pkt 2) - winien nakładać na Prezesa UZP obowiązek informowania o zakończeniu postępowania wyjaśniającego.
- Art. 669 powinien być uzupełniony o prawo wniesienia skargi do sądu zamówień publicznych na uchwałę KIO

**Dziękuję za uwagę**

**WŁODZIMIERZ DZIERŻANOWSKI**