

Warszawa, dnia 14 lutego 2019 r.

**Opinia**  
**Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji**  
**Krajowej Rady Radców Prawnych**  
**dotycząca projektu ustawy-Prawo zamówień publicznych**  
( projekt z dnia 23.01.2019 r.)

Nowy projekt ustawy Prawo zamówień publicznych, zwany dalej projektem ustawy, odnosi się do kompleksowej regulacji w zakresie zamówień publicznych.

Wprowadzono do niego nowe rozwiązania dotyczące przejrzystości oraz efektywności udzielanych zamówień, a także uwzględniono istotną rolę małych i średnich przedsiębiorstw. Poza tym szczególną uwagę zwrócono na innowacyjność, a także wprowadzoną nową instytucję prawną w postaci postępowania koncyliacyjnego.

W rozwiązaniach prawnych projektu ustawy wdrożono dyrektywę klasyczną, dyrektywę sektorową, dyrektywę obronną oraz dyrektywę odwoławczą.

W projekcie ustawy wskazano na rozwiązanie prawne, co do których Opiniujący chcieliby się odnieść:

1. Istotną zmianą jest projektowana treść art. 63 ust.3 zdanie drugie projektu ustawy, która odnosi się do wymagań w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby przyjęli określoną formę prawną w przypadku udzielenia im zamówienia, jeżeli taka forma prawna jest niezbędną do właściwej realizacji przedmiotu zamówienia.

Wydaje się, że takie rozwiązanie prawne jest *contra legem*, gdyż Konsorcjum nie musi posiadać oznaczonej struktury organizacyjnej (organów), nie musi też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątków jego uczestników (por. L. Stecki, Konsorcjum, Toruń 1997r.). Nie podlega też żadnemu obowiązkowi rejestracyjnemu, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt jego istnienia jest umowa podpisana przez uczestników konsorcjum.

Tak więc, podstawowy problem również tkwi w nadużywaniu przez zamawiających określenia okoliczności kiedy i jaka forma prawna będzie wymagana do właściwej

realizacji przedmiotu zamówienia. Wydaje się, że nowe uregulowanie w tym zakresie jest zbędne i może przynieść wiele negatywnych skutków w praktyce.

2. Na aprobatę zasługuje zmiana dokonana w art. 83 ust. 2 projektu ustawy, gdzie załączniki do protokołu udostępnia się na wniosek wykonawcom i innym podmiotom uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej.

W myśl art. 8 pkt 30 projektu ustawy poprzez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę o udzielenie zamówienia publicznego.

Tak więc, ograniczono w sposób pozytywny krąg osób uprawnionych do wglądu w załączniki, co powinno skutkować dla zamawiającego zwiększeniem ekonomiki postępowania.

3. Ważnym instrumentem finansowym dla wykonawcy ułatwiającym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanie się art. 110 ust. 1 i 2 projektu ustawy.

W postępowaniach powyżej wartości unijnych przewidziano dla zamawiającego możliwość fakultatywnego wprowadzenia wadium do kwoty nie większej niż 3% wartości zamówienia. W obecnym stanie prawnym wymóg składania wadium do 3% w przedmiotowych postępowaniach był obligatoryjny. Rozwiązanie to pozytywnie wpłynie na wartość składanych ofert, gdyż wykonawcy zawsze doliczali koszty wadium do ceny oferty.

4. Jedną z proponowanych przez Opiniującego zmian jest brzmienie art. 10 ust. 1 pkt. 20 projektu ustawy. Wprowadzono do brzmienia tego postanowienia, iż zamawiający w ramach SWZ dołączy projektowane postanowienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Dotychczasowa treść „starego” przepisu od zawsze odwoływała się w tym zakresie do „istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy”.

Proponowane brzmienie ww. przepisu jest nieprecyzyjne i w praktyce będzie sprawiać zamawiającemu spore trudności, gdyż projektowane postanowienia umowy – nie wiadomo czy będzie można je zmieniać przed podpisaniem umowy, co nie może mieć miejsca w obecnym stanie prawnym.

Poza tym np. postanowienia wzoru umowy będą podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności z przepisami prawa, a w szczególności z art. 5, 58, 353 Kodeksu cywilnego.

Na poprawność przedmiotowego wniosku wskazuje również art. 384 Kodeksu cywilnego.

Poza tym brzmienie art. 150 ust. 2 projektu ustawy powinno ulec zmianie poprzez dopisanie na początku wyrazów „W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

Wynika to z tego, że oprócz istotnych postanowień SWZ, które zamawiający musi zawsze zawrzeć, SWZ zawiera także inne postanowienia pod warunkiem, że ustawa nie stanowi inaczej.

Brak uzupełnienia projektowanego przepisu wprowadzi chaos interpretacyjny w stosunku do obecnego stanu prawnego, który zawiera takie właśnie rozwiązanie w przedmiotowym zakresie.

5. Jedną z istotnych zmian jest nowe brzmienie art. 237 ust. 1 projektu ustawy, który wprowadza do ustawy postanowienie, że kryteria oceny ofert muszą być związane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem zamówienia.

Przedmiotowe rozwiązanie budzi poważne wątpliwości interpretacyjne w stosunku do dotychczasowej ustawy oraz dyrektywy klasycznej.

Zgodnie z wykładnią językową Słownika Języka Polskiego PWN bezpośredni oznacza dotyczący czegoś wprost. Natomiast pośredni oznacza niedotyczący czegoś bezpośrednio. Tak więc trudno nam jednoznacznie określić, kiedy pośrednio będziemy stosować kryteria związane z przedmiotem zamówienia.

Dotychczasowa regulacja prawna w tym zakresie posługuje się wyrazami „odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia”. Wydaje się, że jest to lepsze rozwiązanie w świetle wykładni językowej, gdyż odnoszący się oznacza m.in. dotyczy. Patrząc na reguły wykładni wskazuje się w tym zakresie na kontekst nawiązywania do czegoś.

W przedmiotowym zakresie najlepsze rozwiązanie znajduje się w treści art. 67 ust. 3 Dyrektywy klasycznej, która wskazuje, że kryteria udzielania zamówień są powiązane z przedmiotem zamówienia publicznego. Patrząc na wykładnię językową słowa „powiązany” oznacza to odnośnie zespolenia czegoś z czymś. Poza tym oznacza to również w kontekście złączenia czegoś z czymś.

Tak więc podsumowując- wyraz” powiązany” w końcu wskazuje na- mający związek, wiążący się, „związany z”.

Powyższe wywody wskazują na nieprawidłowe brzmienia przedmiotowego przepisu w świetle Dyrektywy klasycznej z punktu widzenia wykładni językowej, która zawsze powinna być stosowana w pierwszej kolejności przed innymi wykładniami w zakresie

stosowania prawa. To oznacza, że projekt ustawy w tym zakresie powinien otrzymać nowe brzmienie.

6. Rozwiązanie wskazane w art. 250 ust.1 i 2 projektu ustawy w stosunku do dotychczasowej ustawy nie powinno zasługiwać na pozytywne uwzględnienie.

Podstawą do takiego twierdzenia jest to, iż Projektodawca chce wydłużyć postępowanie o udzielenie zamówienia z dotychczasowych 60 dni na 90 dni oraz z 90 dni na 120 dni. Konsekwencją takich działań będzie przewlekłość prowadzonych postępowań, gdyż zamawiający w tych terminach są zobowiązani do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto w ust. 2 ww. przepisu zmieniono uprawnienie do przedłużania terminu związania ofertą ograniczając je tylko do uprawnień Zamawiającego. Wydaje się, że dotychczasowa praktyka wynikająca z obowiązującego obecnie stanu prawnego, gdzie wykonawca samodzielnie mógł przedłużyć termin związania ofertą była prawidłowa, gdyż wykonawcy sami dbali o ich termin związania ofertą zwłaszcza ci, których oferty uznano za najkorzystniejsze. Obecne rozwiązanie wskazuje na sytuację w której Zamawiający będzie miał uprawnienie do unieważnienia postępowania po upływie terminu związania ofertą mając na uwadze art. 271 projektu ustawy, do czego w niektórych sytuacjach będzie mógł dążyć z różnych powodów.

Poza tym należy dodać, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą istnieje możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą.

7. Nowe rozwiązanie jest proponowane w art. 279 projektu ustawy, w którym to wykonawca którego oferta nie została wybrana ma prawo zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o zorganizowanie spotkania w terminie 3 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w celu który nie został określony w sposób jednoznaczny w przedmiotowym przepisie. Z uzasadnienia rządowego projektu ustawy (strona 61 ) wynika, że zorganizowanie spotkania ma na celu omówienie przyczyn, dla których została wybrana oferta.

Treść proponowanego przepisu nie zawiera tematu spotkania w którym będzie uczestniczył wybrany wykonawca ani inni wykonawcy.

Poza tym brak jest w przedmiotowym przepisie, kiedy to spotkanie ma się odbyć. Wskazano tylko na uprawnienie złożenia wniosku przez wykonawcę, zapominając o terminie maksymalnym, w który odbędzie się to spotkanie.

Ponadto ww. rozwiązanie jest niekorzystne dla zamawiającego i wykonawcy wybranego, gdyż na spotkaniu będzie musiał przedstawić środki dowodowe, które wymagane są na etapie postępowania odwoławczego- choć przepis o tym nie mówi.

Brak zakreszenia ram i tematu takiego spotkania może wpłynąć niekorzystnie na praktykę w zakresie czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty i postępowania odwoławczego.

8. Art. 430 ust.1 pkt 6 oraz ust. 2 projektu ustawy- uwagi tozsame jak w punkcie 4 opinii.

9.Na aprobatę zasługuje raport z realizacji zamówienia opisany w art. 475 projektu ustawy. Dokument ten sporządzany jest w celu oceny realizacji umowy, jeżeli zajdą określone okoliczności wskazane w ust.1 ww. przepisu lub inne w myśl ust.2.

Wydaje się, że będzie on służył samym Zamawiającym jak i organom kontroli w celu wyłowienia błędów i niepowtarzania ich w nowych postępowaniach.

10.Pozytywnie należy ocenić nowe regulacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy wskazane w art. 481 projektu ustawy.

Ustęp 2 tegoż przepisu wskazuje na zasadę, że zabezpieczenie należytego wykonania ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie. Do tej pory było do 10%.

Wyjątek od zasady został określony w ustępie 3 ww. przepisu kiedy to zamawiający może ustalić zabezpieczenie w wysokości przekraczającej 5% ceny ofertowej, jednak nie przekraczającej 10% takiej ceny w ściśle określonych przypadkach wskazanych w tym przepisie.

Zdaniem opiniującego jest to bardzo dobre rozwiązanie dla wykonawców, gdyż będą mogli zaangażować mniejsze środki finansowe w realizację umowy. Zamawiający także powinni uzyskać korzyści finansowe, gdyż wykonawcy doliczą do ceny oferty mniejsze obciążenia finansowe związane z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy.

11. W art. 502 ust. 1 pkt 2 lit. a po słowach Unii Europejskiej użyto spójnika „lub”, co zdaniem Opiniującego jest błędem, gdyż w tym miejscu powinien być spójnik „oraz”.

Uwaga ta ma istotne znaczenie z punktu widzenia praktycznego, gdyż pozostawienie obecnego brzmienia ww. przepisu oznacza, że samo użycie jakichkolwiek środków unijnych będzie skutkować możliwością przeprowadzenia postępowania koncyliacyjnego w przypadku wystąpienia sporu.

12. Bardzo pozytywnie należy ocenić brzmienie art. 609 ust.1, który wprowadza rozpatrywanie sporów w przypadku wniesienia skargi wyłącznie przez Sąd Okręgowy w Warszawie. Rozwiązanie to było od dawna postulowane przez Praktyków, zarówno zamawiających i wykonawców. Podnoszono wielokrotnie w ramach różnych dyskusji merytorycznych, że takie rozwiązanie zapewni podwyższenie jakości orzeczeń sądowych. Do tej pory orzecznictwo na tym poziomie odbiegało merytorycznie

od siebie, stąd nie można było mówić o jednolitej linii orzeczeń sądowych. Poza tym wyspecjalizowany Sąd będzie dawał rękojmię szybkiego rozpatrywania spraw, gdyż wymóg ustawy został określony w art. 616 projektu ustawy. Termin jednego miesiąca na rozpoznanie skargi ma jednak charakter instrukcyjny. Jest to jednakże postulat mający na celu mobilizację Sądu do szybkiego rozpoznania sprawy .

13. Nowa regulacja dotycząca wniesienia skargi kasacyjnej przez nowe podmioty została uregulowana w art. 619 ust.2 projektu ustawy. Przepis ten przewiduje uprawnienia stron i uczestników postępowania odwoławczego do wniesienia skargi kasacyjnej. W obecnym stanie prawnym uprawnienie takie posiadał tylko Prezes Urzędu Zamówień publicznych.

Nowe brzmienie ww. przepisu należy uznać za bardzo korzystne z punktu widzenia praktycznego. Wielokrotnie bywało tak, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie wnosił skarg, które dla zamawiających i wykonawców były bardzo ważne. Stosował tylko własne kryteria typując niewiele spraw, które powinny być zaskarżone.

W związku z powyższym, rozszerzenie kręgu podmiotów do wniesienia skargi jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia jest przyjęciem postulatów dawno zgłaszanych przez praktyków zamówień publicznych.

14. Postępowanie koncyliacyjne- Dział X projektu ustawy.

Jest to nowa instytucja prawna wprowadzona do projektu ustawy jako jedna z alternatywnych metod rozwiązywania sporów.

Stanowi bardzo dobre rozwiązanie prawne, które ma na celu zaproponowanie rozstrzygnięcia, które byłoby zaakceptowane przez strony postępowania albo umożliwiłoby im wypracowanie własnego zakończenia sporu.

Instytucja ta jest rozwiązaniem dla stron sporu mało kosztownym i niezbyt czasochłonnym.

Poza tym strony sporu mają większe szanse na dobrowolne i bardziej skuteczne zakończenie sporu.

Z punktu widzenia stron sporu jest to oczekiwana instytucja, która będzie miała wpływ na realizację umowy, a w szczególności będzie miała również na celu przestrzeganie zasady określonej w art.17 ust. 1 projektu ustawy.

Podsumowując propozycję brzmienia projektu ustawy prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, iż co do zasady projektowane zmiany zasługują na aprobatę poza uwagami poczynionymi powyżej.

**Paweł Granecki**

**radca prawny**