



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

00-540 Warszawa, Aleje Ujazdowskie 41 lok. 2
tel./fax: 022 622 05 88, 622 84 28;33 • e-mail: kirp@kirp.pl • NIP: 526-10-43-011

L.dz. 419 /OBSiL/2016

Warszawa, dnia 12 kwietnia 2016 r.

Pan Adam Podgórski
Zastępca Szefa Kancelarii Sejmu

Szanowny Panie Ministrze

W nawiązaniu do wskazanego przy piśmie GMS-WP-173-85/16 z dnia 30 marca 2016 r. rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, przekazuję w załączeniu opinię Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych.

Z pozdrowieniem

Wiceprezes
Krajowej Rady Radców Prawnych
dr hab. Arkadiusz Bereza prof. nadzw.

Warszawa, 11 kwietnia 2016 r.

Opinia

Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych zawierająca uwagi szczegółowe do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

I. Podmioty trzecie

1. Art. 22a ust. 2 noweli – nie wprowadza obliżu pisemności zobowiązania przedkładanego przez podmiot trzeci – wydaje się, że waga i znaczenie tego dokumentu powinny skutkować zachowaniem obowiązku formy pisemnej dla tego dokumentu, a rezygnacja z wymogu pisemności nie znajduje uzasadnienia.
2. Art. 22a ust. 3 noweli – mówi o spełnianiu warunków przez podmiot trzeci, podczas gdy spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazać ma wykonawca posługując się jedynie zasobami podmiotu trzeciego. Analogiczna uwaga dotyczy art. 22a ust. 6 noweli.
3. Art. 22a ust. 5 noweli – nowa dyrektywa klasyczna w art. 63 ust. 1 mówi o możliwości wprowadzenia odpowiedzialności solidarnej za realizację zamówienia – polska ustawa zaś o odpowiedzialności solidarnej za szkodę poniesioną na skutek nieudostępnienia zasobów, o ile za brak udostępnienia wykonawca/podmiot trzeci nie ponosi winy.

II. Warunki udziału w postępowaniu

1. Uzasadnione wątpliwości budzi art. 22b ust. 1 noweli odsyłający do Załączników do dyrektyw, które jako jedyny wykaz w Polsce podają Krajowy Rejestr Sądowy. Aktualne brzmienie ww. przepisu pozwala zatem w drodze kwalifikacji podmiotowej ograniczyć krąg wykonawców tylko do podmiotów wpisanych do KRS, co wydaje się być nieuzasadnione w kontekście definicji wykonawcy i zasady proporcjonalności warunków.
2. Wątpliwość budzi zasadność weryfikacji podmiotu trzeciego co do podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 24 (dotyczącej grupy kapitałowej), którą przewiduje art. 22a ust. 3 noweli.
3. Art. 22b ust. 2 noweli ma przedmiotowo ograniczony zakres stosowania – tylko do usług, co powoduje, że nie może znaleźć zastosowania w odniesieniu do dostaw i robót, do realizacji których może być przecież również wymagane posiadanie stosownych zezwoleń. Dodatkowo przepis mówi jedynie

o zezwoleniach, bez wskazania „w szczególności”, co powoduje, że wątpliwość budzi, czy zamawiający w oparciu o ww. przepis może żądać również posiadania licencji, koncesji, itp.

4. Art. 22c ust. 1 pkt 1 i ust. 2 noweli mówią o przychodzie, podczas gdy nowa dyrektywa klasyczna w art. 58 ust. 3 i JEDZ odnoszą się do obrotu, co powodować będzie problemy przy formułowaniu warunku w zakresie zdolności ekonomicznej, jak również jego spójności z JEDZ.
5. Art. 24aa noweli nie reguluje kwestii składania wraz z ofertą JEDZ. Nie jest w związku z tym wiadome, czy dokument ten pomimo odwrócenia procedury winien być złożony wedle brzmienia art. 25a noweli wraz z ofertą. Zważyć należy, że zgodnie z projektowanym art. 26 ust. 3 obowiązek wezwania do uzupełnienia aktualizuje się również w przypadku braku złożenia JEDZ lub gdy JEDZ jest niekompletny, czy budzi wątpliwości. Tym samym przepisy nie przesądzą na jakim etapie postępowania i czy powstaje obowiązek uzupełnienia wynikający z projektowanego art. 26 ust. 3 w sytuacji określonej w art. 24aa ust. 1 noweli. Wydaje się, że przepisy powinny jasno formułować kwestie związane z JEDZ i jego uzupełnianiem w przypadku zastosowania procedury określonej w art. 24aa.
6. Zgodnie z art. 24aa ust. 2 noweli:
„Jeżeli wykonawca, o którym mowa w ust. 1, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert.” Wydaje się, że przepis ten ma mieć zastosowanie nie tylko przy procedurze odwróconego badania określonej w art. 24aa ust. 1 noweli, ale w każdym przypadku, gdy wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert, podlega wykluczeniu z uwagi na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia czy niespełnienie warunków udziału w postępowaniu (po zastosowaniu obligatoryjnej procedury uzupełniania przewidzianej w art. 26 ust. 3 noweli). Redakcja przepisu i jego umiejscowienie nie przesądza tego w sposób jednoznaczny. Jednocześnie w oparciu o brzmienie przepisu należałoby uważać, że zaistnienie podstawy do wykluczenia w stosunku do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza należałoby uznawać za „*uchylanie się od zawarcia umowy*”, co nie jest prawidłowe z uwagi na fakt, że do uchylania się od zawarcia umowy mogłoby dojść w przypadku, gdyby wykonawca był do jej zawarcia zobowiązany na skutek czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W sytuacji zaś niezłożenia dokumentów podmiotowych do wyboru takiego nie dochodzi. Ponadto wydaje się, że każdy wykonawca, który złożył skutecznie oświadczenie o spełnianiu warunków/braku podstaw do wykluczenia (w postępowaniach podprogowych), względnie JEDZ (w postępowaniach powyżej progów), tj. zgodnie z art. 25a ust. 1 wstępnie

potwierdził, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki, powinien podlegać kolejno badaniu, w przypadku, gdy wykonawca, który pierwotnie oceniony jako najkorzystniejszy nie złoży dokumentów podmiotowych. Tym samym wydaje się, że zamawiający nie powinien „móc badać”, ale powinien mieć obowiązek zbadania pod względem podmiotowym wykonawcy, który złożył następną w kolejności ofertę, chyba że konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Art. 24aa ust. 2 nie wprowadza takiego obowiązku, jak również nie reguluje kwestii powtarzalności procedury, co ma zasadnicze znaczenie w kontekście doniosłości przedmiotu, który reguluje.

7. Art. 25a ust. 3 pkt 2 noweli – wątpliwości budzi co oznacza „zamieszczenie informacji o podmiotach trzecich” w oświadczeniu o spełnianiu warunków i braku podstaw do wykluczenia. Nie jest jasne, czy wykonawca ma złożyć w imieniu tych podmiotów oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków czy informacja ta ma mieć inny wymiar bądź charakter.
8. Art. 26 ust. 1 i 2 noweli mówią o „aktualnych dokumentach” nie wskazując, na jaki moment ww. aktualność ma być potwierdzona, co może budzić istotne wątpliwości interpretacyjne. Wydaje się, że ze względu na cel nowych regulacji i wprowadzenie JEDZ, nie powinien być to moment upływu składania ofert czy wniosków.
9. Art. 26 ust. 3 noweli posługuje się pojęciem „innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”, które nie jest zdefiniowane w ustawie. Nie wiadomo, do uzupełnienia jakich „dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” zamawiający ma obowiązek wzywać. Przepis może powodować istotne problemy interpretacyjne, zwłaszcza, że odnosi się do obligatoryjnej procedury uzupełniania. Dodatkowo procedura ma znaleźć zastosowanie, gdy dokumenty lub oświadczenia „budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości”, co powoduje, że można przyjąć, że zamawiający zobowiązany jest do uzupełnienia dokumentów nie tylko wówczas, gdy wykonawca nie spełnia warunków/nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, ale również, gdy zamawiający „ma wątpliwości”.
10. Art. 26 ust. 7 noweli zawiera nieprecyzyjne sformułowanie, że „zamawiający wymaga przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń i dokumentów, które są objęte systemem e-certis”.

III. Przesłanki wykluczenia

1. Pozytywnie ocenia się wprowadzenie obligatoryjnych i fakultatywnych podstaw do wykluczenia. Katalog przesłanek wykluczenia uległ jednak znacznemu rozszerzeniu i charakteryzuje go duży rygor. Przesłanki fakultatywne do wykluczenia określone w projektowanym ust. 5 art. 24 stanowią podstawę do

wykluczenia jedynie wówczas, gdy zostaną one opublikowane w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji. Brak ich publikacji w ww. dokumentach powoduje brak możliwości wykluczenia na tej podstawie wykonawców. Konstrukcja ta nie została jednak w ustawie zachowana konsekwentnie, bowiem w art. 138c w noweli wskazano, że zamawiający może: „5) odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 15 lub ust. 5 pkt 1, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;”. Trudno wyjaśnić, czemu w przypadku reżimu zamówień sektorowych konieczność odstąpienia od zastosowania fakultatywnej przesłanki do wykluczenia określonej w ust. 5 pkt 1 art. 24 noweli wymaga odrębnego zastrzeżenia w siwz, skoro przesłanka ta znajduje zastosowanie tylko wówczas, gdy zamawiający wskaże ją w ogłoszeniu/siwz/zaproszeniu do negocjacji. Powyższe rozróżnienie sytuacji zamawiających sektorowych i klasycznych wydaje się być nieuzasadnione.

2. Istotna część przesłanek do wykluczenia nie uprawnia do automatycznego wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wymaga przeprowadzenia przez zamawiających postępowania wyjaśniającego w stosunku do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy podejmą próbę wykazania tzw. samooczyszczenia – w oparciu o informacje wskazane w JEDZ, co w istotny sposób wpłynie na zamierzony poprzez wprowadzenie obowiązku badania dokumentów wyłącznie podmiotu, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, efekt w postaci przyśpieszenia postępowania.
3. Brak uzasadnienia dla wprowadzenia obowiązku przedkładania zaświadczeń potwierdzających brak karalności dla wszystkich współników spółek komandytowej i komandytowo – akcyjnej (projektowany art. 24 ust. 1 pkt 14). Wydaje się, że dokumenty takie powinni przedstawiać partnerzy w spółce partnerskiej (ewentualnie zarząd – w przypadku jego powołania) i komplementariusze w spółce komandytowej i komandytowo- akcyjnej – z wyłączeniem komandytariuszy. Zwraca uwagę również fakt, że dokumenty powyższe – zgodnie z brzmieniem nowego przepisu – zobowiązani będą przedstawiać również członkowie rad nadzorczych i prokurenci – co znacznie zwiększa obciążenia w zakresie ilości koniecznych do przedstawienia w toku postępowania dokumentów, jakkolwiek odnosić się one będą tylko do podmiotu, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza. Analogiczne uwagi zgłosić należy do art. 24 ust. 5 pkt 5 noweli.
4. Istotne wątpliwości budzi również podstawa do wykluczenia związana z zakazem ubiegania się o zamówienia orzecznym tytułem środka zapobiegawczego. Zwrócić uwagę należy, że ów środek zapobiegawczy może być zastosowany

zarówno przez sąd, jak i prokuratora (po przedstawieniu zarzutów). Wydaje się, że oświadczenie w zakresie braku orzeczenia takiego zakazu nie będzie zawierało się w Części III Sekcji A JEDZ – gdyż tam mowa o „prawomocnym wyroku”, a powinno być złożone w ramach Części III Sekcja D „Inne podstawy do wykluczenia, które mogą być przewidziane w przepisach krajowych państwa członkowskiego, instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego”. Wspomniana sekcja D wprowadza jednak procedurę selfcleaningu, której art. 24 ust. 1 pkt 23 nie dopuszcza, gdyż zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3) noweli podstawa do wykluczenia istnieje do momentu upływu okresu, na jaki został on prawomocnie orzeczony.

5. Projektowany art. 133 ust. 3 wskazuje, że „do zamówień nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. e) i pkt 14 (...)”. Brak uzasadnienia dla zróżnicowania obowiązków w zakresie składania oświadczeń i potem dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w zależności od tego czy ofertę składa wykonawca będący osobą fizyczną (w stosunku do niego zastosowanie znajduje art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a-d i f-g), czy mający status osoby prawnej (brak zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 14). Wątpliwości w kontekście art. 80 zd. 2 w zw. z art. 3 ust. 4 i 4 ust. 1 nowej dyrektywy sektorowej budzi również możliwość wyłączenia stosowania art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 w odniesieniu do zamawiających innych niż kwalifikowani na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
6. Zgodnie z projektowanym art. 24 ust. 1 pkt 17 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się:

„wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”.

Nie jest jasne, czy przesłanka „*zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa*” odnosi się tylko do wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy też również do zatajenia informacji i braku możliwości przedstawienia wymaganych dokumentów.

7. Poważne wątpliwości budzi sposób zredagowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w projektowanym art. 24 ust. 5 pkt 3. Literalna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że wykluczeniu podlegać ma wykonawca, który nie wykonał lub „w stopniu rażącym” nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Dyrektywa klasyczna wskazuje, że ww. podstawa odnosi się do sytuacji, w której „wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego

wymogu w ramach wcześniejszej umowy (...). Ponadto skoro niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest przykładem „zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych”, które wymaga zawinienia (art. 24 ust. 5 pkt 2 noweli), to wątpliwość budzi wprowadzenie kolejnej przesłanki penalizującej niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, zwłaszcza, że dyrektywa klasyczna w art. 57 ust. 4 lit. g) traktuje przesłankę niewykonania lub nienależytego wykonania umowy odrębnie od przesłanki poważnego naruszenia obowiązków zawodowych (art. 57 ust. 4 lit. c).

8. Brak uzasadnionych i logicznych podstaw, by w przypadku wprowadzenia do dokumentacji obowiązku wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 noweli, wykonawca taki nie podlegał wykluczeniu jeżeli od ogłoszenia upadłości lub otwarcia likwidacji upłynęło 3 lata – co nakazuje art. 24 ust. 7 pkt 2 noweli. Ww. przepis powinien odnosić się do okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 2-7 – z wyłączeniem pkt 1 ust. 5 art. 24.

IV. Opis przedmiotu zamówienia, dalej „opz”

1. Art. 29 ust. 3a noweli nakłada na zamawiających uciążliwy i trudny do wykonania obowiązek każdorazowego określania w opz na usługi i roboty budowlane wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawców na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, jeżeli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 KP. Wydaje się, że przepisy powinny przewidywać taką możliwość dla Zamawiających, nie zaś obciążać zamawiających do wprowadzenia do opz ww. elementu.

V. Podwykonawcy

1. Ustawa nie przewiduje możliwości sprawdzenia przez Zamawiających czy istnieją w stosunku do podwykonawców nie będących podmiotami trzecimi obowiązkowe podstawy do wykluczenia (vide: art. 71 ust. 6 b dyrektywy klasycznej). Powyższe powoduje również niespójność z dokumentem JEDZ, który możliwość taką przewiduje (vide: Część II sekcja D JEDZ).

VI. Publikacja ogłoszeń

1. Zgodnie z projektowanym art. 37 ust. 2:
„2. Zamawiający udostępnia specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej lub od dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania w przypadku zamówień lub konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, albo od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w przypadku zamówień lub konkursów, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.”

Ust. 3:

„3. Jeżeli zamawiający nie może udostępnić specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub jej części na stronie internetowej z powodu jednej z okoliczności, o których mowa w art. 10c ust. 1, przekazuje ją w sposób inny niż wskazany w ust. 2, określony w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania”.

Do tej pory przepis ten wskazywał, że zamawiający „może udostępnić siwz”, z zastrzeżeniem art. 42 ust. 1 Pzp, który w odniesieniu do przetargu nieograniczonego wprowadzał taki obowiązek. W pozostałych zaś trybach kwestia ta była regulowana odrębnie – w przypadku np. przetargu ograniczonego siwz przekazywana była wraz z zaproszeniem do składania ofert.

Zauważyć przy tym należy, że art. 37 znajduje się w Rozdziale 2 pt. Przygotowanie postępowania Działu I pt. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a więc w grupie przepisów ogólnych.

Wedle zaś art. 54 ust. 4 noweli odnoszącego się do przetargu ograniczonego:

„4. W przypadkach określonych w art. 37 ust. 2 i 3 wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcy specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz wskazuje termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o ile specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie została udostępniona w inny sposób. Przepisów art. 36 ust. 3 nie stosuje się.”

Redakcja powyższych przepisów budzi istotne wątpliwości, ponieważ z ich brzmienia wynika, że w przypadku gdy m.in. zamawiający publikuje siwz na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazuje wykonawcy siwz. Zasadnym jest jednoznaczne wskazanie, że w przypadku postępowania dwuetapowego, jakim jest przetarg ograniczony – siwz zamawiający może, ale nie ma obowiązku opublikować na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Redakcja przepisu art. 37 ust. 2 budzi również w kontekście innych trybów dwuetapowych – w przypadku np. negocjacji z ogłoszeniem siwz przekazuje się wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych, a w przypadku dialogu

konkurencyjnego na etapie publikacji ogłoszenia siwz w ogóle nie istnieje, bowiem powstaje dopiero na skutek efektów przeprowadzonego dialogu.

2. W art. 52 ust. 5 noweli, który stanowi, że:
„5. Zamawiający wydłuża terminy, o których mowa w ust. 2 i 3, o 5 dni, jeżeli do dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie udostępnił specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej ” zawarty jest błąd – zamiast „do dnia publikacji” powinno być: „od dnia publikacji”.

VII. Zatrzymanie wadium

1. w art. 46 ust. 4a otrzymuje brzmienie:
2. *„4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 1, oświadczeń, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”;*
Przepis wymaga doprecyzowania, gdyż nie jest jasne, czy chodzi o oświadczenia określone w art. 25a ust. 1 noweli, czy też o jakieś inne odrębne oświadczenia.

VIII. Negocjacje z ogłoszeniem

1. Art. 55a ust. 1 wprowadza możliwość zawarcia w ogłoszeniu informacji możliwości udzielenia zamówienia na podstawie ofert wstępnych. Zasadniczo do tej pory w doktrynie i orzecznictwie przyjmowano, że nie zawierając one ceny. Aktualnie – w przypadku, gdy zamawiający przewidzi taką możliwość – jak się wydaje oferty wstępne powinny zawierać cenę, skoro na ich podstawie zamawiający może udzielić zamówienia. Przepis art. 57 ust. 2 noweli nie przewiduje jednak stosowania do ofert wstępnych możliwości odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt, błąd w obliczeniu ceny, czy procedury poprawiania omyłek.
2. Zgodnie z art. 57 ust. 5 noweli *„5. Do składania ofert wstępnych art. 37 ust. 2 i 3 oraz art. 51 ust. 4 i 5 stosuje się odpowiednio. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5, 6, 9 i 11 nie stosuje się”.* Nie jest zrozumiałe jak zastosować należy do składania ofert wstępnych art. 37 ust. 2 i 3, które mówią o publikacji siwz na stronie internetowej od momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

IX. Negocjacje bez ogłoszenia i wolna ręka

1. Wątpliwości budzi fakt umożliwienia zamawiającemu wyboru trybu niekonkurencyjnego w postaci negocjacji bez ogłoszenia lub wolnej ręki w przypadku spełnienia tej samej przesłanki. Wydaje się, że powyższe może dorowadzić do zwiększenia liczby postępowań w trybie najmniej konkurencyjnym, tj. w trybie z wolnej ręki.
Zgodnie bowiem z art. 62 ust. 1 Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w przypadku gdy:

- pkt 1 otrzymuje brzmienie:

„1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania lub nie spełnili warunków udziału w postępowaniu, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;”

Wedle zaś art. 67 ust. 1 pkt 4 – Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy:

„- pkt 4 otrzymuje brzmienie:

„4) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego i nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania lub nie spełnili warunków udziału w postępowaniu, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;”

Dodatkowo w tym ostatnim przepisie po sowach „przetargu ograniczonego” wykreśleniu powinien podlegać spójnik „i”.

2. Dyrektywa sektorowa obok możliwości wyłączenia obowiązku stosowania przepisów dyrektywy przy udzielaniu zamówień przez przedsiębiorstwa powiązane (art. 29 dyrektywy sektorowej) - w art. 28 przewiduje również możliwość udzielania zamówień in house w odniesieniu do zamawiających sektorowych. Brak uzasadnienia dla wyłączenia możliwości skorzystania z art. 67 ust. 1 pkt 12-14 przez zamawiających sektorowych.
3. Zgodnie z projektowanym art. 67 ust. 4:

„4. Zamawiający może odstąpić od stosowania przepisów art. 19-21, art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 68 ust. 1 w przypadku zamówień udzielanych na podstawie ust. 1 pkt 1 lit. b i c oraz pkt 2, a także zamówień, o których mowa w ust. 3”.

Po pierwsze w nowych art. 67 ust. 1 pkt 1 są tylko litery a i b. Stąd odesłanie do litery c) jest błędne – nie ma takiej litery w tym punkcie – powinno być jak się wydaje odesłanie do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i ust. 1a).

Zasadnym wydaje się być ponadto wyłączenie obok art. 24 ust. 1 pkt 14 również art. 24 ust. 1 pkt 13 noweli.

X. Wybór oferty najkorzystniejszej

1. Projektowany przepis art. 86 ust. 3 stanowi, że:

„b) ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3. Niezwłocznie **po upływie terminu otwarcia ofert** zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) nazw (firm) oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.”;

Tym samym ustawodawca zmienił dotychczas obowiązującą regulację wymagającą od zamawiającego podania kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia bezpośrednio przed otwarciem ofert, która zapewniała transparentność w kontekście istnienia przesłanki do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym zachodzi ryzyko, że zamawiający będą manipulować kwotą, jaka zamierzają przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i możliwością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Jednocześnie, skoro informacje powyższe udostępnia się na stronie internetowej, brak uzasadnienia dla pozostawienia w mocy art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

2. Odrzucenie ofert

W art. 89 ust. 1 wprowadzono nową przesłankę do odrzucenia ofert – otóż na mocy art. 89 ust. 1 pkt 9 „Zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona po

upływie terminu składania ofert”. Modyfikacji nie uległ jednak aktualnie obowiązujący przepis art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

„2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie zwraca ofertę, która została złożona po terminie. W postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę po upływie terminu do wniesienia odwołania”.

3. Nowa przesłanka odrzucenia ofert ze względu na niewniesienie wadium – projektowany art. 89 ust. 1 pkt 11) nie referuje do momentu, w którym wadium powinno być wniesione (uprzednio ustawa wskazywała, że wykluczeniu podlega wykonawca, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3”.

4. Rażąco niska cena

Zmodyfikowana treść art. 90 ust. 1 nie usuwa wątpliwości związanych ze stosowaniem ww. przepisu. Rozważenia wymaga w szczególności usunięcie nakazu obliczania średniej arytmetycznej z uwzględnieniem „wszystkich złożonych ofert”, w tym również niezgodnych z opz, niekompletnych, zawierających błędy w obliczeniu ceny skutkujące odrzuceniem, itp. tj. ofert niewiarygodnych cenowo ze względów merytorycznych. W związku z powyższym zasadnym wydaje się być dodanie regulacji, zgodnie z którą do obliczania średniej arytmetycznej zamawiający nie uwzględnia ofert podlegających odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 5, 6, 9 i 12.

5. Kryteria

Art. 91 z ind. 1 ust. 2 projektowanej ustawy wskazuje, że „rachunek cyklu życia produktu obejmuje: (...)” – co wskazywać by mogło, że jest to katalog zamknięty kosztów. Nowa dyrektywa klasyczna wart. 68 ust. 1 stanowi, że: „*Rachunek kosztów cyklu życia obejmuje w odpowiednim zakresie niektóre lub wszystkie poniższe koszty ponoszone w czasie cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych:*

- a) *Koszty poniesione przez instytucję zamawiającą lub innych użytkowników, takie jak: (...).*

Zasadnym jest zatem doprecyzowanie brzmienia ww. przepisu.

6. Wątpliwości budzi redakcja art. 92 ust. 1 projektowanej ustawy, zgodnie z którym:

*„1. Zamawiający informuje **niezwłocznie wszystkich wykonawców** o:*

1) wyborze oferty najkorzystniejszej, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwę (firmę) albo imiona i nazwiska, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni; w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, informacja powinna zawierać wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające,

3) wykonawcach, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, jeżeli zostały określone,

4) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, o powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, o braku równoważności lub braku spełniania wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych,

5) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

6) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

7) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

8) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 6-8,

na stronie internetowej”.

Do tej pory przepis ten wskazywał, że informacje powyższe zamawiający przekazuje jednocześnie wszystkim wykonawcom po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie zmianie nie uległ np. przepis art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania warunków zamawiający niezwłocznie

informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wprowadzony przepis art. 92 ust. 1 noweli rodzi również wątpliwości w kontekście zasady koncentracji środków prawnych. Obowiązek niezwłocznego informowania wykonawców o okolicznościach w nim wskazanych „na bieżąco” powodować będzie bowiem otwieranie się dla wykonawców terminów do wnoszenia środków ochrony prawnej. Powstaje również np. pytanie, czy zamawiający powinien odrębnie informować niezwłocznie wykonawców o wykluczeniu wykonawców w przypadku niezłożenia lub nieuzupełnienia JEDZ, następnie np. dokumentów dotyczących grupy kapitałowej, następnie zaś dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 1 projektowanej ustawy? Wydaje się, że regulacja wymaga doprecyzowania.

7. Zgodnie z nowym art. 134 ust. 1 noweli:

„1. Zamawiający może udzielić zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Przepisu art. 55 i art. 60b nie stosuje”.

Pomimo modyfikacji art. 134 ust. 1 – nie zmieniono treści art. 134 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku, o którym mowa w ust. 1 zamawiający może wybrać najkorzystniejszą ofertę z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

radca prawny Paweł Granecki