

**Propozycje zmian
w ustawie Prawo zamówień publicznych**

**Urząd Zamówień Publicznych
grudzień 2011 rok**

Spis treści

I.	Kierunki zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych.....	s.4
II.	Część szczegółowa propozycji zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych.....	s.9
	1. Usunięcie zidentyfikowanych barier w systemie zamówień publicznych utrudniających w sposób nieuzasadniony wykonawcom dostęp do zamówień publicznych	
1.1.	Wprowadzenie	s.9
1.2.	Wprowadzenie zmian w sposobie potwierdzania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu	s.9
1.3.	Rezygnacja z zatrzymywania wadium wykonawcom, którzy nie uzupełnili dokumentów	s.11
1.4.	Przesądzenie o możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w zakresie uprawnień	s.12
1.5.	Dopuszczenie możliwości składania oferty i dokumentów wyłącznie w języku innym niż język polski	s.13
1.6.	Ogłoszenie o planowanych zamówieniach poniżej „progów unijnych”	s.13
1.7.	Zwrot planów, próbek, wzorów, rysunków również wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.....	s.14
	2. Położenie większego nacisku na rozwiązania służące uzyskiwaniu lepszej jakości udzielanych zamówień	
2.1.	Wprowadzenie	s.15
2.2.	Uelastycznienie i odformalizowanie trybów dialogu konkurencyjnego oraz negocjacji z ogłoszeniem	s.15
2.3.	Uregulowanie kwestii wyjaśniania i odrzucania ofert dotkniętych wadą rażąco niskiej ceny.....	s.17
2.4.	Określenie zasad korzystania z podwykonawstwa przy realizacji zamówień publicznych.....	s.18
	3. Elektronizacja zamówień publicznych	
3.1.	Wprowadzenie	s.19
3.2.	Zmiany poprzedzające wprowadzenie możliwości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w formie elektronicznej.....	s.20
	4. Uproszczenie już istniejących procedur dotyczących instrumentów elektronicznych	
4.1.	Wprowadzenie	s.23
4.2.	Zmiany w licytacji elektronicznej.....	s.23
4.3.	Zmiany w dynamicznym systemie zakupów.....	s.24
	5. Wzmocnienie istniejących instrumentów dostępnych organom administracji publicznej w celu realizacji określonych przepisami zadań w zakresie zamówień publicznych, wprowadzenie nowych instrumentów oraz właściwy podział kompetencyjny	
5.1.	Wprowadzenie	s.24
5.2.	Preferencje europejskie	s.26
5.3.	Zmiana uregulowania dotyczącego rozpoznawania zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu	s.26

5.4. Skuteczne sankcje za naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszące się do podmiotów spoza sektora finansów publicznych	s.27
5.5. Podejmowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą uchwał dotyczących zagadnień budzących wątpliwości interpretacyjne	s.28
5.6. Rada Zamówień Publicznych – doprecyzowanie kadencyjności członków	s.29

I. Kierunki zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych¹

W roku 2010 udzielonych zostało w Polsce blisko 200 tysięcy zamówień publicznych na kwotę około 167 miliardów złotych². Skutkiem przyjętych w latach 2008-2009 z inicjatywy Rządu RP zmian w systemie zamówień publicznych zapewniona została zgodność ustawodawstwa polskiego z wymaganiami unijnymi oraz zwiększona została dostępność zamówień publicznych przedsiębiorcom na zasadach niedyskryminujących. W roku 2010 blisko 80% postępowań prowadzonych było w trybach zapewniających niedyskryminujący dostęp przedsiębiorcom do zamówień publicznych³, natomiast wstępne dane za rok 2011 wskazują na blisko 85 % odsetek takich postępowań.

Zwiększanie otwartości rynku zamówień publicznych przełożyło się na istotny wzrost konkurencji szczególnie w postępowaniach na roboty budowlane⁴ jak i zwiększenie efektywności ekonomicznej prowadzonych postępowań⁵. Zwiększenie otwartości rynku zamówień publicznych jak i konkurencyjności prowadzonych postępowań służyło także lepszej przejrzystości wydatkowanych środków publicznych prowadząc do ograniczenia ryzyka występowania korupcji w zamówieniach publicznych jak i ograniczenia ryzyka związanego z niewłaściwą absorpcją środków unijnych.

Procedury udzielania zamówień publicznych stanowią efektywny instrument realizacji zadań publicznych. Zamawiający zostali zachęcani do stosowania trybów otwartych poprzez ograniczenie wymagań formalnych związanych z ich stosowaniem, ich przyśpieszeniem oraz wyeliminowaniem sytuacji blokowania postępowań przed wykonawców m.in. na etapie składania zapytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stosowania środków ochrony prawnej po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zmiany w procedurach odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą zapewniły zamawiającym szybkie (średnio w ciągu 12 dni) rozpoznawanie odwołań oraz umożliwiły zawarcie umowy niezwłocznie po ogłoszeniu wyroku przez Izbę.

W raporcie Komisji Europejskiej pt. „Ocena skutków i skuteczności przepisów UE dotyczących zamówień publicznych”⁶ polski system ochrony prawnej został wskazany jako jeden z systemów z najkrótszym czasem trwania procedur odwoławczych oraz system z najniższymi kosztami związanymi z korzystaniem ze środków ochrony prawnej. I tak dla przykładu, w Polsce czas, jaki organ pierwszej instancji, czyli Krajowa Izba Odwoławcza, ma na rozpatrzenie wniesionego odwołania wynosi 15 dni, podczas gdy we Włoszech jest to do 18 miesięcy w przypadku rozpatrywania odwołania przez regionalne sądy administracyjne. Zgodnie z danymi zawartymi w ww. raporcie, Polska z wynikiem 78 dni, jako średnim czasem trwania postępowania w latach 2006-2010, zajmuje 3 miejsce wśród państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego, gdzie procedury przetargowe trwają najkrócej (Lichtenstein - 61 dni i Łotwa - 77 dni). Z raportu Komisji wynika więc, że mamy jedno z najkrócej trwających i najtańszych procedur udzielania zamówień publicznych oraz gwarantujących szeroką ochronę i sprawnych system rozpoznawania odwołań wnoszonych przez wykonawców.

¹Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)

² Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2010 roku, Warszawa 2011r. -

http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;288;sprawozdania_roczne_uzp_z_funkcjonowania_systemu_zamowien_publicznych.html, s. 7;

³*Ibidem*, s. 7

⁴*Ibidem*, s. 25

⁵*Ibidem*, s. 27

⁶Raport Komisji Europejskiej „Ocena skutków i skuteczności przepisów UE dotyczących zamówień publicznych”, [w:] <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1416>

Obecnie trwają prace nad wdrożeniem dyrektywy obronnej oraz rozwiązań przewidzianych w prawie unijnym mających służyć dalszemu zwiększaniu przejrzystości, konkurencyjności oraz innowacyjności systemu zamówień publicznych. Wśród zmian związanych z implementacją dyrektywy z dziedziny obronności i bezpieczeństwa zawartych w przygotowanych przez Urząd założeń, przyjętych w dniu 28 czerwca 2010 roku przez Radę Ministrów, można wymienić zmiany służące podniesieniu jakości udzielanych zamówień publicznych takie jak wprowadzenie „dialogu technicznego” służącego korzystaniu z doradztwa przy przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też zmiany umożliwiające ograniczenie stawiania wymogów formalnych w tzw. zamówieniach sektorowych poprzez odstąpienie od wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu od wykonawcy, który już raz wcześniej wykazał spełnianie takich wymagań.

Przygotowana nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnosi się do przepisów, których potrzeba zmiany nie wynika z implementacji prawa unijnego.

Po upływie blisko dwóch lat od dokonania ostatnich zmian Urząd dostrzega potrzebę dokonania zmian rozwiązań przewidzianych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Taka potrzeba jest również wyrażana przez uczestników systemu zamówień publicznych tj. przedsiębiorców oraz zamawiających.

Potrzebę zmian w ustawie do tej pory zgłosiły m.in. Minister Rozwoju Regionalnego, Minister Gospodarki, Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji, Wojewoda Małopolski, Posłowie na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych „Lewiatan”, Polsko – Francuska Izba Przemysłowo – Handlowa, Okręgowa Izba Radców Prawnych w Krakowie, Śląska Izba Budownictwa, Kujawsko – Pomorska Okręgowa Izba Inżynierów Budownictwa, Jastrzębska Spółka Węglowa, Izba Projektowania Budowlanego, OPZZ. Jednocześnie, w ubiegłej kadencji parlamentu tylko w roku 2011 zgłoszono 4 poselskie lub senackie inicjatywy legislacyjne dotyczące m.in. kwestii kryteriów oceny ofert i rażąco niskiej ceny, rozszerzenia zakresu wyłączeń od obowiązku stosowania ustawy, poszerzenia możliwości stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Urząd przeprowadził również szereg spotkań, podczas których zapoznawał się ze stanowiskiem niektórych z organizacji skupiających przedsiębiorców m.in. Polskiej Rady Biznesu oraz BCC, a także dokonał analizy opublikowanych w ostatnim czasie raportów Komisji Europejskiej i Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju.

Mając na uwadze przeprowadzone konsultacje, zgłoszone dotychczas propozycje zmian, a także wyniki analizy raportów organizacji międzynarodowych jak i dokonane przez Urząd analizy rynku zamówień publicznych, Urząd proponuje dokonanie zmian w systemie zamówień publicznych w następujących obszarach:

(1) usunięcie zidentyfikowanych barier w systemie zamówień publicznych utrudniających w sposób nieuzasadniony wykonawcom dostęp do zamówień publicznych;

(2) położenie większego nacisku na rozwiązania służące uzyskiwaniu lepszej jakości udzielanych zamówień;

(3) wprowadzenie zmian mających na celu umożliwienie zamawiającym przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne wyłącznie w postaci elektronicznej;

(4) wzmocnienie instrumentów dostępnych organom administracji publicznej w celu realizacji zadań określonych przepisami w obszarze zamówień publicznych.

Proponowane zmiany w ww. obszarach mają służyć realizacji celów systemu zamówień publicznych, a więc zapewnieniu dostępu wykonawcom do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminujących, uzyskaniu pożądanej efektywności udzielanych zamówień publicznych jak i zapewnieniu transparentności wydatkowanych środków.

Proponowane kierunki zmian wpisują się w politykę i priorytety Rządu RP dotyczące m.in. deregulacji gospodarki.

Z uwagi na możliwość zidentyfikowania także ewentualnych innych potrzeb w zakresie zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych, propozycje zostaną poddane również szerokim konsultacjom społecznym.

Ad. 1) Usunięcie zidentyfikowanych barier w systemie zamówień publicznych utrudniających w sposób nieuzasadniony wykonawcom dostęp do zamówień publicznych

Pomimo podejmowanych dotychczas wysiłków zmierzających do usunięcia barier w dostępie wykonawców do zamówień publicznych (np. szybszy zwrot wadium, ograniczenie okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania czy odrzucenia oferty z powodu błędów w cenie, zwiększenie możliwości wykazywania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu) w dalszym ciągu istnieją nieuzasadnione bariery formalne mogące ograniczać dostęp wykonawców do zamówień publicznych.

Tymczasem, podstawowym celem ustawy jest zagwarantowanie wykonawcom jak najszerszego dostępu do zamówień publicznych co prowadzi do większej efektywności i transparentności procedur. Jak wynika z analiz przeprowadzonych przez Urząd, liczba ważnych ofert składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne wynosi średnio 2,76 oferty w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych oraz 2,48 w postępowaniach o wartości przekraczającej progi unijne⁷. Powyższe dane pokazują stosunkowo niskie średnie zainteresowanie wykonawców realizacją zamówienia publicznego. Stąd też, mając na względzie cele jakie realizuje ustawa, w interesie publicznym leży jak najszybsze dalsze usuwanie nieuzasadnionych barier w dostępie do rynku zamówień publicznych, które zniechęcają wykonawców do szerszego wzięcia udziału w postępowaniach.

Stąd też, proponuje się w tym zakresie wprowadzenie zmian dotyczących:

- a) Sposobu potwierdzania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu poprzez (art. 25 i 26 ustawy):
 - oparcie oceny zdolności wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne do jego realizacji wyłącznie na oświadczeniach o spełnianiu warunków udziału;
 - wprowadzenie możliwości żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków tylko i wyłącznie od wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą;
 - odstąpienie od obowiązku żądania dokumentów niezależnie od wartości udzielanego zamówienia poza wynikającym z dyrektyw obowiązkiem żądania odpisu z Krajowego Rejestru Karnego w postępowaniach powyżej progów unijnych;
 - możliwość uznawania dokumentów uzupełnianych przez wykonawców za aktualne na dzień ich uzupełnienia;
- b) Rezygnacji z zatrzymywania wadium wykonawcom, którzy nie uzupełnili dokumentów (art. 46 ust. 4a ustawy);

⁷*Ibidem*, s. 25.

- c) Przesądzenia o możliwości powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w zakresie posiadanych uprawnień (art. 26 ust. 2b ustawy);
- d) Dopuszczenia możliwości składania ofert wraz z dokumentami wyłącznie w języku innym niż polski za zgodą zamawiającego (art. 9 ust. 3 ustawy);
- e) Wprowadzenia możliwości publikacji ogłoszenia o planowanych przez zamawiającego zamówieniach w danym roku kalendarzowym, również w Biuletynie Zamówień Publicznych, a więc dotyczącego zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne (art. 13 ustawy);
- f) Zwrotu planów, próbek, wzorów, rysunków również wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (art. 97 ust. 2 ustawy).

Ad. 2) Położenie większego nacisku na rozwiązania służące uzyskiwaniu lepszej jakości udzielanych zamówień

Wymienione wcześniej zalety systemu zamówień publicznych jak szybkość i taniość prowadzonych postępowań mogą w niektórych przypadkach nie prowadzić do uzyskania najlepszego efektu z dokonanych nakładów w postaci uzyskania najlepszego jakościowo produktu dostępnego na rynku. Niezależnie zatem od potrzeby zmiany postaw i często wieloletniej praktyki instytucji zamawiających Urząd Zamówień Publicznych dostrzega również potrzebę i możliwości dokonania zmian w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych upraszczających korzystanie z instrumentów pozwalających uzyskać zamówienie o wyższej jakości oraz wybrać wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Stąd też, proponuje się w tym zakresie wprowadzenie zmian dotyczących:

- a) Sposobu prowadzenia postępowań trybach negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego. Wyborowi oferty najlepszej, szczególnie w zamówieniach o złożonym charakterze, służą takie tryby jak negocjacje z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny. W specyfikę tych trybów wpisuje się dialog z rynkiem oferującym zamawiany produkt, w związku z tym tryby te pozwalają instytucjom zamawiającym rzeczywiście poznać możliwości, jakie daje rynek (art. 54 i nast. oraz art. 60a i nast.);
- b) Sposobu badania oferty pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy). Złożenie oferty z rażąco niską ceną jest poważnym zagrożeniem dla prawidłowej realizacji zamówienia, stąd też proponujemy wdrożenie skutecznego mechanizmu ograniczającego wybór oferty z rażąco niską ceną;
- c) Określenia zasad korzystania z podwykonawstwa przy realizacji zamówienia publicznego (art. 36 ust. 1, 4 i 5 ustawy) w kierunku umożliwienia żądania przez zamawiających nazw proponowanych przez wykonawcę podwykonawców a także wskazywania na etapie postępowania wymagań stawianych potencjalnym podwykonawcom;

Ad. 3) Wprowadzenie zmian mających na celu umożliwienie zamawiającym przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne wyłącznie w postaci elektronicznej

Pomimo postępu w systemie informatyzacji udzielania zamówień publicznych (udostępnienie przez Urząd platform do prowadzenia aukcji i licytacji elektronicznych, zamieszczanie w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) ogłoszeń wyłącznie w formie elektronicznej, umożliwienie nieodpłatnej subskrypcji ogłoszeń o zamówieniu publikowanych w BZP) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w formie elektronicznej w chwili obecnej nie jest

możliwe. Celem przedstawionych zmian jest usunięcie w przepisach barier uniemożliwiających sprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne wyłącznie do postaci elektronicznej.

Ad. 4) Wzmocnienie instrumentów dostępnych organom administracji publicznej w celu realizacji zadań określonych przepisami w obszarze zamówień publicznych

Mając na względzie istotną rolę prawidłowego stosowania procedur przetargowych dla rozwoju gospodarczego kraju w szczególności konkurencyjności i innowacyjności gospodarki, efektywności ekonomicznej i transparentności wydatkowania środków publicznych, skuteczności realizacji zadań publicznych w szczególności efektywności wydatkowania środków unijnych konieczne jest wyposażenie organów władzy publicznej w instrumenty i środki, które pozwoliłyby stać na straży celów, jakim przyświeca istnienie systemu zamówień publicznych.

Stąd też, proponuje się wprowadzenie zmian dotyczących:

- a) Wprowadzenia preferencji europejskich w zamówieniach publicznych sprowadzających się do umożliwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie przedsiębiorcom mającym siedzibę w UE lub przedsiębiorcom z państw, z którymi UE lub Polska zawarła stosowną umowę. Wprowadzenie tego mechanizmu da organom administracji rządowej instrument dla wywierania presji do otwierania rynków zamówień publicznych państw trzecich dla przedsiębiorców z Polski;
- b) Zmiany uregulowania dotyczącego rozpoznawania zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu;
- c) Skutecznych sankcji za naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszących się do podmiotów spoza sektora finansów publicznych;
- d) Podejmowania przez Krajową Izbę Odwoławczą uchwał dotyczących zagadnień budzących wątpliwości interpretacyjne;
- e) Doprecyzowania kadencyjności członków Rady Zamówień Publicznych.

Szczegółowy zakres proponowanych zmian, jak i ich omówienie wraz z uzasadnieniem oraz bliższe wskazanie korzyści wynikających z ich wprowadzenia, zostało zawarte w części szczegółowej.

II. Część szczegółowa propozycji zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych

1. Usunięcie zidentyfikowanych barier w systemie zamówień publicznych utrudniających w sposób nieuzasadniony wykonawcom dostęp do zamówień publicznych

1.1. Wprowadzenie

Jedną z istotniejszych barier w dostępie wykonawców do zamówień publicznych może być nadmierny formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zbyt duże koszty udziału w postępowaniu, duża ilość wymaganych dokumentów a także ryzyka związane z możliwością poniesienia strat finansowych już na etapie samego postępowania mogą zniechęcać wykonawców do wzięcia w nim udziału.

Podstawowym celem ustawy jest zagwarantowanie wykonawcom jak najszerszego dostępu do zamówień publicznych, co prowadzi do większej efektywności i transparentności procedur. Tym samym, ograniczenie wymagań formalnych służy osiągnięciu podstawowych celów ustawy. Stąd też, w interesie publicznym leży jak najszybsze dalsze usuwanie nieuzasadnionych barier w dostępie do rynku zamówień publicznych, które zniechęcają wykonawców do szerszego wzięcia udziału w postępowaniach.

1.2. Wprowadzenie zmian w sposobie potwierdzania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu

a) **Możliwość żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków tylko i wyłącznie od wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą**

Stosownie do przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „uPzp”, ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu może być dokonana przez zamawiającego jedynie na podstawie oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę. Ustawa uzależnia stopień sformalizowanie procesu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od wartości zamówienia. Dla postępowań o wartości przekraczającej równowartość kwot 130 000 lub 200 000 euro w przypadku dostaw lub usług (kwota zależy od rodzaju zamawiającego, a dodatkowo w przypadku zamówień „sektorowych” wynosi 400 000 euro) oraz kwoty 5 000 000 euro dla robót budowlanych zamawiający ma **obowiązek żądania od każdego z wykonawców** złożenia dokumentów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W postępowaniach o wartości mniejszej niż ww. progi, żądanie przedłożenia dokumentów ma wprawdzie charakter fakultatywny, ale jeżeli jednak zamawiający zażąda złożenia stosownych dokumentów, każdy wykonawca zobowiązany jest je dostarczyć pod rygorem wykluczenia z postępowania.

Nałożony na wykonawców obowiązek składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w każdym postępowaniu może zniechęcać wykonawców do wzięcia w nim udziału. Biorąc pod uwagę fakt, iż udział w postępowaniu nie gwarantuje sukcesu w postaci uzyskania zamówienia publicznego, konieczność poniesienia kosztów związanych z wzięciem udziału w procedurze w postaci uzyskania oraz wytworzenia dużej ilości dokumentów może stanowić istotną barierę w dostępie wykonawcy do procedury udzielania zamówienia publicznego.

Ponadto, nałożony na zamawiającego obowiązek badania i weryfikacji dokumentów złożonych przez wszystkich wykonawców przyczynia się do wydłużenia procedury i ponoszenia dodatkowych kosztów z tym związanych również po stronie zamawiającego.

Proponuje się zatem zmianę przepisów art. 25 i 26 uPzp dotyczących potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez wprowadzenie zasady, zgodnie z którą zamawiający w przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia i zapytaniu o cenę żąda w celu weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców jedynie oświadczeń, natomiast dokumenty zobligowany będzie złożyć jedynie ten podmiot, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe rozwiązanie dotyczyć może wyłącznie trybów wskazanych powyżej, albowiem w pozostałych trybach dokumenty są niezbędne dla zakwalifikowania wykonawców do kolejnego etapu postępowania o zamówienie publiczne. Niemniej jednak skala korzystania z trybów, których zmiana dotyczy, wynosi ponad 80%, stąd też zmiana ta w sposób istotny wpłynie na sposób prowadzenia postępowań przyczyniając się do ich usprawnienia, umożliwienia szerszego udziału wykonawców w postępowaniu oraz ograniczenia kosztów zarówno po stronie wykonawców jak i zamawiających.

Warto podkreślić, iż podobne rozwiązanie przewidziane już zostało w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2010, Nr 113, poz. 759), zgodnie z którym *oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest obowiązany w terminie wskazanym przez koncesjodawcę złożyć wskazane w opisie warunków koncesji dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.*

Termin złożenia dokumentów będzie określony w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej stąd też przewiduje się konieczność dokonania zmian również w zakresie art. 92 ust. 1 uPzp.

Nieprzedłożenie we wskazanym przez zamawiającego terminie dokumentów, których zakres będzie wskazany już w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), lub niezpełnienie ich na podstawie wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3-4 uPzp, skutkować będzie uznaniem wykonawcy pierwotnie wybranego za wykluczonego i w oparciu o analogiczne stosowanie przepisu art. 94 ust. 3 uPzp – wezwaniem do złożenia dokumentów przez wykonawcę, który złożył drugą w kolejności niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

Zasady określone w dyrektywach odnoszących się do zamówień publicznych wskazują na konieczność udzielenia zamówienia wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, proponowane rozwiązanie pozostaje w zgodzie z prawem unijnym, bowiem zamówienie może nadal zostać udzielone tylko temu wykonawcy, który wykazał spełnienie warunków udziału w konkretnym postępowaniu, przy czym ewentualna weryfikacja tego faktu zostanie dokonana już po wyborze oferty najkorzystniejszej.

a) Odstąpienie od obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wprowadzenie możliwości oparcie oceny zdolności wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne do jego realizacji wyłącznie na oświadczeniach

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE, jedyną obligatoryjną przesłanką wykluczenia, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest skazanie prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z poniższych czynów: udział w organizacji przestępczej, korupcja, oszustwo i udział w praniu brudnych pieniędzy. Stąd też, jedynym dokumentem, jaki zamawiający ma obowiązek żądać w postępowaniu o wartości przekraczającej progi unijne, jest odpis z rejestru karnego.

Proponuje się zatem zmianę art. 26 ust. 1 uPzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów sprowadzającą się do redukcji katalogu dokumentów, jakich zamawiający zobowiązany jest żądać od wykonawców w postępowaniach o wartości przekraczającej progi unijne, jedynie do jednego dokumentu - odpisu z rejestru karnego.

Różnica w stosunku do dotychczasowej regulacji polegać będzie zatem na tym, że obecnie w postępowaniach powyżej progów unijnych obok oświadczeń o spełnianiu warunków zamawiający ma obowiązek żądać również wszystkich dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, natomiast po nowelizacji ciążyłby na nim obowiązek żądania jedynie oświadczenia wraz z jednym dokumentem- potwierdzającym niekaralność w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-9 uPzp. W pozostałym zakresie żądanie innych dokumentów byłoby fakultatywne.

Rozwiązanie powyższe nadal zabezpiecza zamawiającego przed wyborem wykonawcy nie spełniającego wymagań, albowiem w postępowaniu wykonawca nadal składałby oświadczenia o spełnianiu warunków.

Rezygnacja z obowiązku żądania przez zamawiających w postępowaniach powyżej wartości unijnych wszystkich dokumentów, o których mowa w art. 24 ust. 1 uPzp, może przyczynić się do zwiększenia zainteresowania wykonawców udziałem w postępowaniu z uwagi na ograniczenie stawianych wymogów formalnych; zmniejszenie kosztów związanych z koniecznością ciągłego uzyskiwania urzędowych zaświadczeń potwierdzających wymagane ustawą okoliczności.

b) Możliwość uznawania dokumentów uzupełnianych przez wykonawców za aktualne na dzień ich uzupełnienia

Barierą w zamówieniach publicznych jest wynikający z art. 26 ust. 3 uPzp brak możliwości uzupełnienia dokumentów wystawionych przez organy publiczne, aktualnych na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Celem zmniejszenia rygoryzmu i odformalizowania postępowania proponuje się więc zmianę art. 26 ust. 3 uPzp. Zasadą wynikającą z dyrektywy jest konieczność udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu - w związku z tym nie jest ograniczeniem uczciwej konkurencji żądanie od wykonawców dokumentów aktualnych na dzień uzupełniania dokumentów. Stad też, uzasadnione jest dopuszczenie możliwości, aby uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 uPzp dokumenty mogły być uznawane za aktualne również na dzień upływu terminu ich uzupełnienia.

Rozwiązanie powyższe przyczyni się do zwiększenia ilości ważnych ofert w postępowaniach, co w konsekwencji wpłynie pozytywnie na zwiększenie konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

1.3. Rezygnacja z zatrzymywania wadium wykonawcom, którzy nie uzupełnili dokumentów

Obecna regulacja dotycząca zatrzymania wadium w związku z nieuzupełnieniem dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, przewidziana w art. 46 ust. 4a uPzp nie spełnia oczekiwań w zakresie realizacji celu tego przepisu. Zdarzają się przypadki zatrzymania wadium z powodu obawy przed poniesieniem odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w okolicznościach, w których nieuzupełnienie dokumentu wynikało z przyczyn o charakterze obiektywnym i nie mogło wynikać z zamiaru wykonawcy nieuprawnionego wpływu na przebieg

postępowania. Przepis ten ze względu na swój restrykcyjny charakter podważa zasadę otwartości systemu zamówień publicznych na konkurencję.

Zatrzymanie wadium w okolicznościach, w których wykonawca składa ofertę w dobrej wierze a z okoliczności składania oferty nie wynika nastawienie na utrudnienie konkurencji, zniechęca przedsiębiorców do udziału w postępowaniach przede wszystkim ze szkodą dla samych zamawiających, którzy w warunkach ograniczonej konkurencji mają mniejsze szanse na uzyskanie rzeczywiście korzystnej oferty. Często wykonawcy w obawie przed utratą wadium rezygnują wręcz z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Liczne kontrowersje w doktrynie i orzecnictwie budzi również kwestia, który podmiot - sąd powszechny, czy Krajowa Izba Odwoławcza jest właściwy w sprawie dochodzenia zwrotu niesłusznie zatrzymanego wadium, co potęguje poczucie ryzyka związanego z nieuzasadnioną utratą wadium przez wykonawców.

Stąd też, proponuje się wykreślenie ww. przepisu, który stanowi barierę w dostępie do systemu zamówień publicznych dla wykonawców. Zauważyć należy, iż ww. propozycja jest zgodna ze stanowiskiem Rady Zamówień Publicznych, a także wychodzi naprzeciw oczekiwaniom podmiotów dopiero rozpoczynających działalność w sferze zamówień publicznych oraz interesom małych i średnich przedsiębiorców, bowiem dla nich utrata wadium zwykle jest dużym kosztem, natomiast obawa przed jego utratą często ma wpływ na mniejszy udział tej kategorii przedsiębiorców w zamówieniach publicznych a także na negatywny stosunek do dalszego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

1.4. Przesądzenie o możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w zakresie uprawnień

Stanowiący transpozycję art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej) - art. 26 ust. 2b uPzp w aktualnym brzmieniu dopuszcza powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 uPzp na wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia i zdolności finansowe innych podmiotów.

Z obecnego brzmienia przepisu nie wynika więc, że wykonawca ma możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich również w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Jednoznaczne przesądzenie o możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie uprawnień jest istotne z punktu widzenia pewności wykonawcy co do prawidłowości jego przystąpienia do postępowania o zamówienie publiczne z odwołaniem się do potencjału podmiotu trzeciego, który wymagane uprawnienia posiada.

Zdarzają się sytuacje, w których przewidziane prawem uprawnienia wymagane są jedynie do realizacji niewielkiej części zamówienia, co powoduje, że podmioty posiadające takie uprawnienia nie są zainteresowane ubieganiem się o udzielenie zamówienia w konsorcjum z wykonawcą, który realizowałby jego zasadniczą część przedmiotu zamówienia z uwagi na wynikającą z art. 141 uPzp solidarną odpowiedzialność konsorcjantów za wykonanie umowy. Powodować to może sytuację, w której wykonawca, który wprawdzie podmiotowo ma odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie i potencjał do wykonywania zasadniczej części zamówienia (np. budowy skomplikowanego budynku), nie będzie spełniał warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak uprawnień (np. koncesji na ochronę mienia i osób), których zamawiający wymaga w związku z realizacją ubocznej części zamówienia (np. obejmującej ochronę placu budowy). W takich sytuacjach brak możliwości

powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie uprawnień skutkować może nie przystąpieniem wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Mając na względzie powyższe, w celu zwiększenia konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, proponuje się zmianę przepisu art. 26 ust. 2b uPzp poprzez dopuszczenie możliwości powoływania się przez wykonawcę głównego przedmiotu umowy na zasoby podmiotów trzecich w zakresie uprawnień, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 uPzp, których zamawiający wymaga do realizacji części zamówienia publicznego.

1.5. Dopuszczenie możliwości składania oferty i dokumentów wyłącznie w języku innym niż język polski

Art. 9 ust. 2 uPzp wprowadza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim.

Wyjątkiem od zasady prowadzenia postępowania w języku polskim jest dopuszczenie przez zamawiającego możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty oraz innych dokumentów i oświadczeń **również** w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane (art. 9 ust. 3 uPzp).

Powyższe rozwiązanie nie wyłącza jednak obowiązku złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, oferty i innych dokumentów – również w polskiej wersji językowej, co wprost wynika z treści art. 9 ust. 3 uPzp. Konieczność przedkładania ww. dokumentów w postępowaniu w języku polskim, obok wersji obcojęzycznej, stanowi barierę w dostępie do zamówień publicznych, zwłaszcza w postępowaniach o dużych wartościach i skomplikowanym przedmiocie zamówienia, w których często udział biorą wyłącznie podmioty zagraniczne. Krótkie terminy składania ofert i dokumentów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w obliczu konieczności przedstawienia tłumaczenia na język polski obszernych obcojęzycznych dokumentów, niejednokrotnie zawierających skomplikowaną, specjalistyczną terminologię, mogą wpływać na ograniczenie liczby podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu, a w konsekwencji na wyższe ceny ofertowe.

Mając na względzie powyższe, proponuje się zmianę przepisu art. 9 ust. 3 uPzp poprzez wprowadzenie regulacji przewidującej możliwość wyrażenia przez zamawiającego zgody na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty oraz innych dokumentów i oświadczeń **wyłącznie** w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane, a w konsekwencji likwidację obowiązku przedkładania ww. dokumentów również w języku polskim.

1.6. Ogłoszenie o planowanych zamówieniach poniżej „progów unijnych”

Na wzór regulacji dotyczących ogłoszeń o planowanych zamówieniach powyżej progów unijnych, proponuje się wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą zamawiający, po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego (zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub umową), a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – raz w roku, będzie mógł przekazać do Biuletynu Zamówień Publicznych, lub zamieścić na swojej stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach poniżej „progów unijnych”.

Rozwiązanie powyższe da możliwość wykonawcom zdobycia informacji o planowanym do udzielenia zamówieniu na tyle wcześniej, by mógł on w sposób właściwy przygotować się do wzięcia

udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Biorąc pod uwagę stosunkowo krótkie określone ustawą minimalne terminy na złożenie oferty w przetargu nieograniczonym (7 dni i dla robót budowlanych – 14dni) informacja taka może zwiększyć szansę wykonawcy na udział w danym postępowaniu.

1.7. Zwrot planów, próbek, wzorów, rysunków również wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza

W świetle art. 96 i 97 uPzp, próbki, plany, rysunki, modele, programy komputerowe i inne materiały stanowią załączniki do protokołu i winny być wraz z nim przechowywane w sposób gwarantujący jego nienaruszalność przez okres co najmniej 4 lat.

Nakaz przechowywania protokołu wraz z załącznikami w sposób zapewniający jego nienaruszalność tj. m. in. integralność przechowywanej dokumentacji, ochronę przed zniszczeniem oraz nieuprawnionym dostępem, sformułowany w art. 97 ust. 1 uPzp ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, której stosowanie nie jest uzależnione od woli zamawiającego. Oznacza to, iż zamawiający nie może uchybić obowiązkowi zabezpieczenia oraz przechowania protokołu oraz jego załączników przez okres co najmniej 4 lat od dnia zakończenia postępowania w żadnej sytuacji z wyjątkiem opisanej w art. 97 ust. 2 uPzp.

Na gruncie przepisów uPzp zamawiający może dokonać zwrotu próbek, planów projektów, modeli, programów komputerowych i innych materiałów składanych w toku postępowania jedynie na wniosek wykonawców, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze (art. 97 ust. 2 uPzp). Czynnością niezgodną z cyt. przepisem ustawy jest natomiast zwrócenie takich materiałów wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i z którym podpisano umowę w przedmiocie wykonania zamówienia.

Powyższe rozwiązanie stanowi barierę w dostępie do zamówień publicznych, bowiem dla konieczności przestrzegania obowiązku przechowywania próbek wynikającego z dyspozycji art. 97 ust. 1 uPzp nie ma znaczenia wartość żądanych próbek, ani też okoliczność zrealizowania umowy. Często zamawiający żądają przedłożenia bardzo dużej ilości próbek o znacznej wartości, co w znaczny sposób zwiększa koszty ubiegania się o zamówienia publiczne. Obowiązek zatrzymania przez zamawiającego wartościowych próbek towarów i przechowywania ich przez okres 4 lat wraz z dokumentacją postępowania może stanowić barierę dla wykonawców w szczególności, gdy wartość świadczenia, jakie wykonawca może uzyskać w związku z realizacją zamówienia nie jest znacząco wyższa niż wartość załączonego do oferty modelu. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie ma możliwości uzyskania zwrotu próbek przez okres 4 lat, co nie tylko wyklucza możliwość posługiwania się nimi w innych postępowaniach, ale również zwiększa globalny koszt uzyskania zamówienia wykonawcy, bowiem po upływie tego okresu upływa już z reguły termin ich przydatności do użytku. Obowiązek przechowywania wartościowych próbek przez okres 4 lat zwiększa również koszt po stronie zamawiającego, który musi odpowiednio zabezpieczyć takie próbki, a niejednokrotnie również dokonać ich ubezpieczenia.

Mając na względzie powyższe i biorąc pod uwagę konsekwencje ekonomiczne i finansowe, na jakie mogą zostać narażeni wykonawcy i zamawiający w związku z koniecznością złożenia i przechowywania próbek, planów projektów, modeli, programów komputerowych i innych materiałów, w szczególności w przypadku dóbr charakteryzujących się znaczną wartością, proponuje się wprowadzenie rozwiązania, które obliłgowałoby zamawiającego do ich zwrotu również wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe rozwiązanie wpłynie pozytywnie na zwiększenie konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Położenie większego nacisku na rozwiązania służące uzyskiwaniu lepszej jakości udzielanych zamówień

2.1. Uelastycznienie i odformalizowanie trybów dialogu konkurencyjnego i negocjacji z ogłoszeniem

Jednymi z najrzadziej stosowanych trybów udzielania zamówień publicznych w Polsce są **dialog konkurencyjny** i **negocjacje z ogłoszeniem** (w 2010 r. zastosowano je odpowiednio w 0,03 % oraz 0,13 % postępowań w sprawie zamówień publicznych). Tymczasem, są to stosunkowo konkurencyjne i przejrzyste tryby. W innych państwach Unii Europejskiej są one stosowane znacznie częściej – dotyczy to zwłaszcza negocjacji z ogłoszeniem (jest to trzecia pod względem popularności procedura, w której udziela się 8 % zamówień). Dialog konkurencyjny nie jest już tak chętnie wykorzystywany, ale i tak jest wybierany przez zamawiających średnio 100 razy częściej niż w Polsce.

Przyczyny takiego stanu rzeczy należy upatrywać przede wszystkim w ich nadmiernym sformalizowaniu, w stopniu przekraczającym wymogi wynikające z prawa unijnego. Przykładowo, negocjacje z ogłoszeniem wraz z dialogiem konkurencyjnym są najdłuższymi trybami postępowania spośród przewidzianych ustawą (średni czas trwania postępowania w Polsce o wartości unijnej wynosił w 2010 r. w przypadku dialogu konkurencyjnego 215 dni zaś negocjacji z ogłoszeniem 229 dni). Negocjacje z ogłoszeniem składają się obecnie z 4 oddzielnych etapów postępowania - wymagają one publikacji ogłoszenia o zamówieniu, następnie kwalifikacji wykonawców, składania tzw. ofert wstępnych, negocjacji, wreszcie składania ofert.

Procedura negocjacji z ogłoszeniem mogłaby zostać znacznie uproszczona i odformalizowana bez uszczerbku dla jej przejrzystości, oraz z zachowaniem zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców. Przykładowo, ustawa, inaczej niż prawo unijne:

- przewiduje obowiązkowy etap składania ofert wstępnych;
- istotnie ogranicza zakres negocjacji pomiędzy zamawiającym i wykonawcami – oferty wstępne, które stanowią podstawę do zaproszenia do negocjacji nie zawierają ceny, cena oferty nie jest zatem przedmiotem negocjacji;
- wymaga po zakończeniu negocjacji zaproszenia wykonawców do składania ofert - tymczasem dyrektywa stanowi, że instytucje zamawiające negocjują z oferentami złożone przez nich oferty w celu dostosowania ich do wymagań określonych przez te instytucje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacjach i, ewentualnie, dodatkowych dokumentach, w celu wyłonienia najlepszej oferty, nie przewidując obowiązku ponownego zaproszenia wykonawców do złożenia ofert;
- przewiduje większe wymagania dotyczące minimalnej liczby kandydatów, jakich trzeba zaprosić do składania ofert wstępnych (w ustawie dla zamówień przekraczających progi unijne minimalna liczba wykonawców, którzy powinni zostać zaproszeni to 5, podczas gdy w dyrektywie 3),
- określa minimalne terminy składania ofert wstępnych oraz ofert (dyrektywa określa jedynie termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

2.1.1 Uproszczenie i uelastycznienie trybu negocjacji z ogłoszeniem

Proponuje się wprowadzenie następujących zmian w zakresie przebiegu postępowania w trybie negocjacji z publikacją ogłoszenia. Po publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym, w którym zamawiający zapraszałby wykonawców do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający przeprowadzałby podmiotową kwalifikację wykonawców (kandydatów), którzy wyrazili zainteresowanie udziałem w postępowaniu i złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału.

Kwalifikacja odbywałaby się na analogicznych zasadach jak w przypadku przetargu ograniczonego – zamawiający zapraszałby do dalszego udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy spełnili określone przez niego minimalne warunki podmiotowe. Zamawiający mógłby jednak, podobnie jak w przetargu ograniczonym, ograniczyć liczbę wykonawców, jakich zaprosi do składania ofert a następnie negocjacji, z tym że **minimalna liczba wykonawców, jakich należałoby zaprosić to 3**. Wybór wykonawców w takim przypadku byłby dokonywany w oparciu o obiektywne, niedyskryminacyjne i przejrzyste kryteria.

Proponuje się, aby zamawiający zapraszał następnie zakwalifikowanych wykonawców do składania ofert, przekazując im specyfikację istotnych warunków zamówienia. Proponuje się, aby **ustawa nie określała minimalnego terminu składania ofert wyznaczając jedynie generalną zasadę, że powinien to być termin wystarczający do przygotowania i złożenia oferty**. Wykonawcy w odpowiedzi na zaproszenie składałoby oferty przygotowane w oparciu o siwz określające wszystkie istotne warunki realizacji zamówienia, w tym również, inaczej niż obecnie, również cenę.

Oferty te byłyby następnie przedmiotem negocjacji z oferentami, którzy złożyli oferty. Inaczej niż obecnie, oferty nie podlegałyby odrzuceniu nawet w przypadku ich niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednym z elementów negocjacji mogłoby być bowiem dostosowanie ofert do wymogów określonych przez zamawiającego.

Zamawiający miałby obowiązek zaproszenia do negocjacji wszystkich oferentów, którzy złożyli oferty, chyba że określiliby, już na etapie publikacji ogłoszenia, że negocjacje będzie prowadził z ograniczoną liczbą wykonawców, nie mniejszą jednak niż 3. W takim przypadku wybór ofert, które będą następnie negocjowane, odbywałby się zgodnie z określonym w ogłoszeniu oraz specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, kryteriach udzielenia zamówienia.

Negocjacje z zaproszonymi oferentami powinny być prowadzone z poszanowaniem zasady niedyskryminacji oraz równego traktowania, przy zachowaniu poufnego charakteru prowadzonych negocjacji. Przedmiotem negocjacji mogłyby być wszystkie warunki realizacji zamówienia określone w ofertach, w tym również cena.

Po zakończeniu negocjacji zamawiający udzielałby zamówienia, w oparciu o wyniki negocjacji, temu wykonawcy, który w trakcie przeprowadzonych negocjacji zaproponowałby najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia.

Rezygnacja z odrębnych etapów składania ofert wstępnych a następnie ofert, w przypadku których ustawa określa obecnie minimalne terminy (nie wynikające z prawa unijnego) – co najmniej 10 dni na składanie ofert wstępnych i ofert, licząc od daty zaproszenia, pozwoli na skrócenie – przyspieszenie tego postępowania, a co za tym większy jego atrakcyjność dla zamawiających. Podobne efekty osiągnięte zostaną poprzez uelastycznienie zasad prowadzenia negocjacji z zaproszonymi oferentami.

2.1.2. Zmiany w dialogu konkurencyjnym

W **dialogu konkurencyjnym** proponuje się, aby podobnie jak to ma miejsce w przypadku negocjacji z publikacją ogłoszenia był to jeden z trybów podstawowych, czyli takich, z których zamawiający może zawsze skorzystać, ale tylko w przypadku zamówień o wartościach nie przekraczających progów unijnych. Ponieważ dyrektywy unijne dotyczą jedynie zamówień przekraczających określone wartości, państwa członkowskie dysponują swobodą gdy chodzi o określanie procedur udzielania zamówień o mniejszej wartości, z zastrzeżeniem wszakże obowiązku przestrzegania podstawowych zasad prawa unijnego.

Ponadto, proponuje się aby minimalna liczba wykonawców, których zamawiający powinien zaprosić do udziału w dialogu wynosiła, w przypadku zamówień unijnych, nie 5 tak jak obecnie, ale 3. Taka zmiana jest po pierwsze zgodna z przepisami unijnymi, po drugie powinna znacznie ułatwić zamawiającemu prowadzenie postępowania w tym trybie. Negocjacje z trzema a nie jak dotychczas z pięcioma wykonawcami powinny przyspieszyć postępowanie w tym jednym z najdłuższych trybów.

Dalsze skrócenie czasu postępowania w tym trybie może zostać jeszcze osiągnięte poprzez rezygnację z wyznaczenia w ustawie minimalnego terminu składania ofert (w uPzp wynosi on co najmniej 10 dni, podczas gdy nie jest uregulowany w dyrektywie), przy pozostawieniu zasady ogólnej, że termin składania ofert powinien być dostatecznie długi, aby umożliwić przygotowanie i złożenie oferty.

Ponadto, proponuje się, zgodnie z przepisami unijnymi, aby zamawiający mógł ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych w trakcie dialogu. Zamawiający będzie mógł przewidzieć, że postępowanie toczy się będzie w następujących po sobie etapach, wskazując możliwość skorzystania z rozwiązania polegającego na stopniowej eliminacji rozwiązań, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz opisie potrzeb i wymagań zamawiającego oraz stosując do wyboru rozwiązań podlegających omówieniu na dalszych etapach, kryteria udzielenia zamówienia wskazane ogłoszeniu o zamówieniu oraz opisie potrzeb i wymagań zamawiającego.

2.2. Uregulowanie kwestii wyjaśniania i odrzucania ofert dotkniętych wadą rażąco niskiej ceny

Udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, stanowi poważne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia. Stąd przepisy dotyczące wyjaśniania i odrzucania ofert dotkniętych wadą rażąco niskiej ceny, których celem jest wyeliminowanie z postępowania nieuczciwych wykonawców nie gwarantujących osiągnięcia odpowiedniej jakości na etapie realizacji zamówienia publicznego, wymagają doprecyzowania. W szczególności, należy stworzyć mechanizmy umożliwiające wyeliminowanie ryzyka nienależytego wykonania zamówienia w sytuacji, w której przy uwzględnieniu gospodarnego zarządzania wykonawcy uzasadnione jest prawdopodobieństwo złożenia oferty zawierającej cenę, która nie pokrywa kosztów wytworzenia produktu, świadczenia usługi czy wykonania roboty budowlanej będących przedmiotem zamówienia.

Na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 uPzp w obowiązującym brzmieniu zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie przepis art. 90 ust. 1 uPzp stanowi, że w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie precyzując, w jakich okolicznościach zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o takie wyjaśnienia. Ustawa nie przewiduje również możliwości żądania przez zamawiającego dodatkowych wyjaśnień ani konsultacji z wykonawcą w tym zakresie. Zarazem, art. 90 ust. 3 uPzp nakłada na zamawiających obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył stosownych wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W aktualnym stanie prawnym zatem to na zamawiającym spoczywa ciężar potwierdzenia w drodze oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Proponuje się doprecyzowanie, że zamawiający zwraca się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnień dotyczących **szczegółowego sposobu obliczenia ceny** w odniesieniu do całości świadczenia

będącego przedmiotem zamówienia albo w odniesieniu do świadczeń częściowych, jeżeli cena zawarta w ofercie wydaje się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie proponuje się, **by zamawiający miał obowiązek zwrócić się do wykonawcy z takim żądaniem**, jeżeli wystąpi przynajmniej jedna z następujących okoliczności: (1) cena zawarta w ofercie jest niższa o więcej niż 50 % od średniej arytmetycznej cen zawartych w pozostałych ofertach lub (2) cena zawarta w ofercie jest o więcej niż 20 % niższa od ceny zawartej ofercie, która ze względu na kryterium ceny została sklasyfikowana jako druga w kolejności.

Żądanie zamawiającego powinno sprowadzać się do żądania przedstawienia szczegółowego sposobu obliczenia ceny całości świadczenia albo świadczeń częściowych. Natomiast przedmiotem badania i oceny ma być stosunek ceny do dostawy, usługi czy roboty budowlanej będącej przedmiotem zamówienia.

Należy równocześnie doprecyzować, że zamawiający powinien wyznaczyć rozsądny termin na złożenie wyjaśnień przez wykonawcę, biorąc pod uwagę czas niezbędny na ich przygotowanie. Wskazane jest także umożliwienie zamawiającemu żądania od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień **oraz przeprowadzenia z wykonawcą konsultacji**.

Na podstawie złożonych wyjaśnień lub w toku konsultacji z wykonawcą zamawiający będzie oceniał, czy niski poziom ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest uzasadniony i nie zagraża prawidłowej realizacji zamówienia, biorąc pod uwagę, w szczególności, oszczędność procesu produkcyjnego, świadczenia usług lub metody budowania, techniczne lub wszelkie wyjątkowo korzystne warunki, którymi dysponuje wykonawca w celu realizacji zamówienia, oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych proponowanych przez wykonawcę, zgodność z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy czy też możliwość uzyskania przez wykonawcę pomocy publicznej.

Jednocześnie należy przenieść ciężar udowodnienia, że oferta zawiera rażąco niską cenę z zamawiającego na wykonawcę. Proponuje się więc przeformułowanie przesłanki odrzucenia oferty przewidzianej w art. 89 ust. 1 pkt 4 uPzp poprzez wskazanie, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90, albo jeżeli wyjaśnienia i konsultacje, o których mowa w tym przepisie, w sposób wystarczający nie uzasadniają niskiego poziomu zaproponowanej przez wykonawcę ceny w stosunku do dostawy, usługi czy roboty budowlanej będącej przedmiotem zamówienia.

2.3. Określenie zasad korzystania z podwykonawstwa przy realizacji zamówień publicznych

Podwykonawstwo stanowi niezwykle istotny element systemu zamówień publicznych, w szczególności z punktu widzenia małych i średnich przedsiębiorstw. Obok możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie w formie konsorcjum, udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców jest szansą na zwiększenie udziału w rynku zamówień publicznych przedsiębiorstw, które nie są w stanie samodzielnie ubiegać się o zamówienie. Niemniej jednak sposób, w jaki to zagadnienie jest obecnie uregulowane w ustawie, nie jest wystarczający dla zapewnienia odpowiedniej jakości w zamówieniach publicznych. Przepis art. 36 ust. 4 uPzp nakłada jedynie na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawcy wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.

Proponowane zmiany w zakresie podwykonawstwa mają dwojaki charakter. Po pierwsze należy nałożyć na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawcy wskazania nie tylko części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom, ale również proponowanych podwykonawców. Identyfikacja podwykonawców na możliwie wczesnym etapie postępowania

pozwole zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Mając powyższe na uwadze, proponuje się zmienić brzmienie przepisu art. 36 ust. 4 uPzp poprzez wskazanie, że zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców.

Po drugie doprecyzowania wymagają zasady, na jakich organizowane jest podwykonawstwo, w szczególności w zakresie kwalifikacji podwykonawców. Wprawdzie przepisy prawa unijnego wyraźnie wskazują, że wskazanie przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom, i proponowanych podwykonawców pozostaje bez wpływu na jego odpowiedzialność za prawidłową realizację zamówienia, jednakże wydaje się uzasadnione uregulowanie podstawowych warunków, jakie powinien spełniać podwykonawca, celem zagwarantowania odpowiedniej jakości w zamówieniach publicznych. Należy zwrócić uwagę, że w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane przepis art. 647¹ Kodeksu cywilnego uzależnia możliwość zawarcia umowy o podwykonawstwo od wyrażenia zgody przez inwestora, nie wskazując jednak, na jakich zasadach taka zgoda ma być udzielona przez zamawiającego. Proponuje się zatem, by zamawiający mógł sprecyzować w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania, jakie stawia podwykonawcom, celem zagwarantowania należytego wykonania zamówienia. Inaczej mówiąc, należy dopuścić możliwość formułowania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do podwykonawców, proporcjonalnie do powierzonej im części zamówienia. Warunki te powinny stanowić swoisty podzestaw warunków udziału w postępowaniu stawianym wykonawcom ubiegającym się o udzielenia zamówienia. Jednocześnie określenie tego rodzaju wymagań na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia gwarantuje realizację zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania (pod)wykonawców.

Proponowana obowiązkowa identyfikacja podwykonawców poprzez ich wskazanie w ofercie wykonawcy oraz wprowadzenie możliwości weryfikacji przez zamawiającego spełniania przez podwykonawców warunków udziału w postępowaniu przyczynią się do zwiększenia pewności uzyskania odpowiedniej jakości w zamówieniach publicznych, eliminując nierzetelnych podwykonawców, którzy nie dają rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia.

3. Elektronizacja zamówień publicznych

3.1. Wprowadzenie

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w obecnym stanie prawnym umożliwiają stosowanie instrumentów elektronicznych przy udzielaniu zamówień publicznych, ale ze względu na nałożone na zamawiających i wykonawców obowiązki związane z zachowaniem pisemności postępowania, udzielanie zamówień z zastosowaniem instrumentów elektronicznych jest ograniczone. Celem proponowanych zmian jest umożliwienie zamawiającym przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – od jego wszczęcia aż do wyboru najkorzystniejszej oferty – wyłącznie z zastosowaniem formy elektronicznej, poprzez stopniowe usuwanie barier utrudniających lub uniemożliwiających takie działania. Zlikwidowanie istniejących w przepisach barier i wprowadzenie możliwości przeprowadzenia postępowania w formie elektronicznej stanowić będzie pierwszy etap w drodze do osiągnięcia celu, jakim jest pełna elektronizacja zamówień publicznych.

Elektronizacja procesu udzielania zamówień publicznych prowadzi do wymiernych korzyści zarówno dla zamawiających i wykonawców, wśród których należy wymienić m.in.:

1. przyspieszenie i uproszczenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poprzez możliwość skorzystania z krótszych terminów ustawowych, szybszego udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców,

2. zmniejszenie kosztów przygotowania i przeprowadzenia postępowań dla zamawiających, w tym kosztów zakupu papieru i tuszu, przesyłania korespondencji drogą pocztową i kosztów pracy pracowników zamawiającego zaangażowanych w dystrybucję korespondencji papierowej,
3. otwarcie możliwości skutecznego ubiegania się o uzyskanie zamówień publicznych także przez wykonawców funkcjonujących w znacznych odległościach od siedziby zamawiającego,
4. zwiększenie przejrzystości i konkurencyjności procedur poprzez ograniczenie bezpośredniego kontaktu z zamawiającym,
5. otwarcie dostępu do rynku zamówień publicznych, w szczególności małym średnim przedsiębiorcom.

Łatwiejszy dostęp do zamówień i zmniejszenie kosztów ponoszonych przez wykonawców związanych z ubieganiem się o zamówienia publiczne powinno skutkować wzrostem konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego: większą liczbą ofert konkurencyjnych pod względem cenowym oraz pod względem innych aspektów ocenianych przez zamawiającego.

3.2. Zmiany w przepisach poprzedzające wprowadzenie możliwości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w formie elektronicznej

Obecnie obowiązujące przepisy umożliwiają fakultatywne wykorzystanie instrumentów elektronicznych jako dodatkowych w stosunku do formy pisemnej, która w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter formy podstawowej. Poprzez proponowane zmiany legislacyjne będzie możliwe stopniowe odchodzenie od pisemności postępowań na rzecz ich elektroniczności.

a) Ogłoszenia publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

W aktualnym stanie prawnym zamawiający jest uprawniony na podstawie art. 12 ust. 1 uPzp przekazywać ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku ogłoszeń przekazywanych drogą pisemną jak również faksem, czas od przekazania ogłoszenia do jego publikacji może być znacznie wydłużony, co działa na niekorzyść wykonawców. Termin składania przez nich ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w postępowaniach wymagających obowiązkowo publikacji ogłoszenia w publikatorze unijnym liczony jest bowiem nie od momentu publikacji ogłoszenia, ale od jego przekazania przez zamawiającego do publikacji, jak wskazuje art. 43 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 49 ust. 2 i 3Pzp.

Stąd też proponowane jest wprowadzenie obowiązku przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wyłącznie w formie elektronicznej poprzez zamieszczenie przez zamawiających ogłoszeń „online”.

W konsekwencji wprowadzenia wyżej wskazanej zmiany możliwe będzie dokonanie również modyfikacji wspomnianych: art. 43 ust. 2 i 3 uPzp oraz art.49 ust. 2 i 3 uPzp, które wprowadzają zasadę zróżnicowania liczenia terminów składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przypadku przekazywania ogłoszeń drogą elektroniczną i w inny sposób. W przypadku wprowadzenia obowiązku przekazywania ogłoszeń wyłącznie drogą elektroniczną zróżnicowanie w ustalaniu terminów składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie będzie potrzebne. Wyeliminowanie zróżnicowania w tym zakresie przyczyni się to do uproszczenia procedury zamówieniowej a także do jej skrócenia, ponieważ zamiast np. obowiązującego obecnie terminu 47 dni właściwego dla liczenia terminu składania ofert w sytuacji

przekazywania przez zamawiających ogłoszeń do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w inny sposób niż elektronicznie, dla ustalenia terminu składania ofert będzie stosowany termin 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia.

b) Zasada pisemności w postępowaniu o udzielenie zamówienia

W obecnym stanie prawnym zasada pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego regulowana art. 9 ust. 1 uPzp jest jedną z zasad podstawowych. Przewiduje ona, że podstawową formą prowadzenia postępowania jest forma pisemna, a inne formy są dopuszczalne wyjątkowo, jeżeli zezwala na to ustawa. Powyższe uregulowanie powoduje, że zamawiający, zainteresowany przeprowadzeniem w pełni elektronicznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może tego zrobić, gdyż musi się zawsze liczyć z możliwością otrzymania korespondencji, wniosków, ofert itp. w zwykłej formie pisemnej.

W celu umożliwienia zamawiającym przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w formie elektronicznej proponowane jest wykreślenie z ustawy art. 9 ust. 1 uPzp. Zamawiający otrzymają dzięki temu możliwość definitywnego określenia formy elektronicznej jako wyłącznej w komunikowaniu się z wykonawcami. Zasadne jest więc wyraźne wskazanie dopuszczalności prowadzenia postępowania w formie elektronicznej jako zasady prowadzenia postępowania. Rozwiązanie takie wygeneruje znaczne oszczędności zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców. Odformalizowanie procedury powinno znacznie zwiększyć grono podmiotów zainteresowanych udziałem w procedurach zamówieniowych.

Konsekwencją zmiany w powyższym zakresie będzie także potrzeba zmiany treści art. 41 uPzp oraz art. 48 uPzp, które określają odpowiednio: treść ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym oraz treść ogłoszenia w przetargu ograniczonym poprzez wprowadzenie obowiązku przekazania w treści ogłoszenia informacji o prowadzeniu postępowania wyłącznie w formie elektronicznej i adresu e-mail zamawiającego w przypadku, gdy zamawiający podejmie decyzję o prowadzeniu postępowania wyłącznie w formie elektronicznej.

Z postulatem zniesienia zasady pisemności postępowania łączy się postulat zniesienia obowiązku prowadzenia pisemnego protokołu postępowania, jak wskazuje na to obecnie obowiązujący art. 96 ust. 1 uPzp. Wprowadzenie możliwości prowadzenia elektronicznej dokumentacji postępowania umożliwi szybszy dostęp do dokumentów zainteresowanym a także zminimalizuje koszt archiwizacji dokumentacji postępowań w okresie 4 lat, w którym możliwe jest przeprowadzenie kontroli postępowania. Wprowadzenie możliwości prowadzenia protokołu w wersji elektronicznej łączyć się powinno ze zmianą rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania wydawanego na podstawie art. 96 ust. 5 uPzp.

c) Korespondencja zamawiającego z wykonawcami

Przepis art. 27 ust. 2 uPzp umożliwia zamawiającemu, by oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego były przekazywane drogą elektroniczną, ale stosownie do art. 27 ust. 3 uPzp z wyjątkami przewidzianym w ustawie dla np. postępowania prowadzonego w trybie licytacji elektronicznej czy w dynamicznym systemie zakupów, w których obowiązkowa w tym zakresie jest wyłącznie forma elektroniczna, zawsze dopuszczalna jest także forma pisemna. Oznacza to, że czas trwania procedury zamówieniowej, nawet w przypadku wyboru przez zamawiającego jako formy porozumiewania się drogi elektronicznej, będzie ulegał wydłużeniu.

Wprowadzenie możliwości skorzystania przez zamawiającego z formy elektronicznej, bez obowiązku dopuszczenia jednocześnie także formy pisemnej w znacznym stopniu przyczyni się do przyspieszenia udzielania zamówień.

d) Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Przepis art. 36 uPzp zawierający wyliczenie informacji, które zgodnie z przepisami zamawiający powinien zamieścić w podstawowym dokumencie postępowania, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia, nie zawiera obecnie obowiązku zamieszczania informacji niezbędnych dla prowadzenia postępowań z wykorzystaniem środków elektronicznych.

Stąd w celu wyeliminowania wątpliwości wykonawców w tym zakresie, a także w celu zachęcenia zamawiających do korzystania ze środków elektronicznych celowe jest wprowadzenie obowiązku zamieszczenia w specyfikacji informacji o prowadzeniu postępowania wyłącznie w formie elektronicznej, jeżeli zamawiający wybierze taką formę oraz adresu e-mail zamawiającego obowiązującego na czas prowadzenia postępowania do wymiany korespondencji i dokumentów elektronicznych.

e) Wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego wykonawcom dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Przepis art. 38 ust. 3 uPzp umożliwia zamawiającemu prowadzącemu postępowanie o udzielenie zamówienia zwołanie zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wychodząc naprzeciw potrzebom obniżania kosztów prowadzenia postępowań zarówno po stronie zamawiających i wykonawców celowe wydaje się umożliwienie zamawiającemu przeprowadzenia sesji pytań i odpowiedzi dotyczących specyfikacji za pomocą środków elektronicznych w trybie bezpośredniego połączenia pomiędzy zamawiającym i wykonawcami („online”). Instrument ten powodując obniżenie kosztów związanych z postępowaniem umożliwiłby również przyspieszenie wyjaśniania wątpliwości dotyczących specyfikacji.

f) Oferta wyłącznie w formie elektronicznej

Zgodnie z art. 82 ust. 2 uPzp oferta może być złożona wyłącznie w formie pisemnej zaś za zgodą zamawiającego w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym.

Cyt. przepis nie przewiduje możliwości ograniczenia złożenia oferty wyłącznie w formie elektronicznej. Stąd też, by wprowadzić możliwość przeprowadzenia postępowania tylko i wyłącznie do formy elektronicznej proponuje się wprowadzenie możliwości ograniczenia złożenia oferty wyłącznie w postaci elektronicznej.

Wskazywane powyżej propozycje zmian przyczynią się do powstania możliwości sprawniejszego udzielania zamówień publicznych w przypadku, gdy zamawiający zdecyduje się na prowadzenie postępowania wyłącznie w formie elektronicznej. Wprowadzenie tych zmian w ustawie Pzp nie tylko przyspieszy i uprości procedurę, ale wpłynąć powinno również pozytywnie na zainteresowanie wykonawców wzięciem udziału w postępowaniach.

4. Uproszczenie istniejących w Prawie zamówień publicznych procedur dotyczących instrumentów elektronicznych

4.1. Wprowadzenie

Doświadczenie związane z funkcjonowaniem uruchomionych przez Urząd Zamówień Publicznych platform do przeprowadzania licytacji i aukcji elektronicznych powala na wnioski, iż zastosowanie elektronicznych instrumentów sprzyja uzyskiwaniu korzystnych warunków finansowych wykonania zamówień publicznych. Doświadczenie to oraz kontakty z użytkownikami platform wskazuje jednak również na potrzebę wprowadzenia w tym obszarze pewnych zmian mających na celu ułatwienie korzystania z instrumentów elektronicznych przewidzianych w ustawie, a co za tym idzie dalszą popularyzację stosowania przez zamawiających licytacji i aukcji elektronicznej oraz dynamicznego systemu zakupów. Zmiany mają również na celu eliminowanie barier utrudniających wykonawcom dostęp do elektronicznych zamówień publicznych.

Przedstawiane propozycje są zgodne z projektem stanowiska Rządu w odniesieniu do dokumentu pozalegisłacyjnego UE - Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Europejska agenda cyfrowa (COM(2010) 245) oraz zgodna z treścią załącznika Nr 1. do dokumentu pn. Założenia do Krajowego Programu Reform na rzecz realizacji Strategii „Europa2020”.

4.2. Zmiany w licytacji elektronicznej

a) Cena wywoławcza

Obecnie obowiązujący przepis art. 75 ust. 2 pkt 5 uPzp dotyczący obowiązkowej treści ogłoszenia o zamówieniu udzielanym w trybie licytacji elektronicznej nie zawiera informacji na temat dopuszczalności określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu ceny wywoławczej licytacji elektronicznej. Jak wskazuje doświadczenie użytkowników platformy licytacji elektronicznych wskazanie takiej możliwości na etapie ogłoszenia o zamówieniu pozwoliłoby uniknąć składania ofert o nierealnie niskich cenach. Proponowana zmiana treści art. 75 ust. 2 pkt 5 uPzp w kierunku wprowadzenia możliwości zamieszczania takiej informacji w ogłoszeniu przyczyni się do uelastycznienia oraz skoncentrowania składania postąpień przekładających się na ostateczny wynik licytacji.

b) Zamieszczanie opisu przedmiotu zamówienia na stronie internetowej zamawiającego

Przepisy ustawy w zakresie licytacji elektronicznej nie regulują trybu udostępniania szczegółowej informacji na temat opisu zamówienia w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W praktyce zamawiający udostępniają taką informację dopiero dopuszczonym przez siebie wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert skierowanym do tych wykonawców na podstawie art. 76 ust. 2 uPzp. Biorąc pod uwagę oznaczony ustawą w art. 76 ust. 4 uPzp minimalny termin na składanie ofert wynoszący 5 dni od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert, czas na zapoznanie się przez wykonawców ze szczegółami zamówienia może być za krótki na podjęcie decyzji o udziale w licytacji. Proponuje się wprowadzenie regulacji nakładających na zamawiających obowiązek udostępniania specyfikacji - szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia na swojej stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w trybie licytacji elektronicznej w Biuletynie Zamówień Publicznych. Informacja o adresie strony internetowej zamawiającego powinna zostać również zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu. Stąd proponowane jest także wprowadzenie zmiany w zakresie art. 75 ust. 2 uPzp. Proponowane uregulowanie pozwoli na pozyskanie przez wykonawców wiedzy na temat zamówienia

z odpowiednim wyprzedzeniem umożliwiającym złożenie wiarygodnej oferty cenowej. W szczególności, przyczyni się do przejrzystości tych postępowań w przypadku stosowania licytacji elektronicznej do zamówień charakteryzujących się bardziej skomplikowanym opisem przedmiotu zamówienia, który z uwagi na obszerność nie może być zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu wszczynającym postępowanie w tym trybie. Mając na względzie, iż tego rodzaju opis przedmiotu zamówienia zamieszczony na stronie internetowej będzie pełnił funkcję analogiczną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, proponuje się również przyznanie wykonawcom uprawnienia do zadawania pytań dotyczących informacji dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej, a zamawiającemu uprawnienia do modyfikacji jej treści, co odpowiada innym regulacjom dotyczącym zadawania pytań dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej modyfikacji.

4.3. Zmiany w dynamicznym systemie zakupów

W celu zwiększenia popularności stosowania dynamicznego systemu zakupów, proponuje się wprowadzenie uregulowania, zgodnie z którym wykonawcy składający oferty orientacyjne w celu dopuszczenia do udziału w dynamicznym systemie zakupów nie będą zobowiązani do stosowania bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Rozwiązanie to powinno przyczynić się do zwiększenia zainteresowania wykonawców udziałem w dynamicznym systemie zakupów, a jednocześnie nie powinno negatywnie wpłynąć na bezpieczeństwo udzielania zamówień przez zamawiających z uwagi na fakt, iż zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia nie jest zawarte w ofercie orientacyjnej, lecz w ofercie wykonania zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Propozycją służącą popularyzacji dynamicznego systemu zakupów wśród zamawiających i wykonawców jest rezygnacja z obowiązku składania przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów wyłącznie ofert nie mniej korzystnych od oferty orientacyjnej. Przyjęcie bowiem założenia, iż przed upływem określonego czasu na który dynamiczny system zakupów jest ustanawiany (4 lata), oferta orientacyjna nie może ulec zmianie, niezależnie od ekonomicznej sytuacji na rynku, która może ulegać zmianie w ciągu trwania systemu zniechęca wykonawców do składania ofert orientacyjnych, a tym samym uczestniczenia w dynamicznym systemie zakupów. Jest to również rozwiązanie sprzeczne z pozostałymi przepisami, które wskazują, iż wykonawca nie jest związany ofertą orientacyjną.

5. Wzmocnienie istniejących instrumentów dostępnych organom administracji publicznej w celu realizacji określonych przepisami zadań w zakresie zamówień publicznych, wprowadzenie nowych instrumentów oraz właściwy podział kompetencyjny

5.1. Wprowadzenie

Procedury udzielania zamówień publicznych przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych realizują cele bardzo istotne z punktu widzenia prawidłowego rozwoju gospodarki polskiej. Poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu każdy wykonawca ma na zasadach niedyskryminujących potencjalną możliwość ubiegania się o realizację zamówienia publicznego. Procedura otwarta wyzwała niezbędną rywalizację pomiędzy wykonawcami przyczyniając się do rozwoju przedsiębiorstw oraz wzmocnienia mechanizmów gospodarki rynkowej opartej na uczciwej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Właściwie stymulowana rywalizacja pomiędzy przedsiębiorcami służy rozwojowi innowacyjności przedsiębiorstw oraz produktów i usług przez nie oferowanych.

Organizacja przetargu przyczynia się do osiągnięcia znaczących efektów ekonomicznych przez instytucje publiczne, których uzyskanie w procedurze nie nastawionej na wywołanie konkurencji byłoby wątpliwe. Przetarg jest także gwarantem transparentności wydatkowanych środków, co w sposób istotny ogranicza ryzyko wystąpienia korupcji.

Znaczenie procedur przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych jest tym większe, iż procedury te są podstawowym środkiem do realizacji zadań publicznych. Od sprawności przeprowadzonego przetargu w dużej mierze uzależniona jest efektywność sprawowania władzy publicznej. Od prawidłowego stosowania procedur przetargowych uzależniona jest efektywność wydatkowania środków unijnych.

Mając na względzie istotną rolę prawidłowego stosowania procedur przetargowych dla rozwoju gospodarczego kraju w szczególności konkurencyjności i innowacyjności gospodarki, efektywności ekonomicznej i transparentności wydatkowania środków publicznych, skuteczności realizacji zadań publicznych w szczególności efektywności wydatkowania środków unijnych konieczne jest wyposażenie organów władzy publicznej w instrumenty i środki, które pozwoliłyby stać na straży celów jakim przyświeca istnienie systemu zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 152 uPzp organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu. Spośród 21 zadań Prezesa Urzędu przewidzianych w art. 154 uPzp do najistotniejszych należą opracowywanie projektów aktów normatywnych dotyczących zamówień (pkt 1) zapewnienie funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej (pkt 6) czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień w szczególności poprzez kontrolę postępowań o zamówienie publiczne (pkt 11) dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów (pkt 13).

Zgodnie z art. 157 uPzp organem opiniodawczo-doradczym Prezesa Urzędu jest Rada Zamówień Publicznych. Organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych przez wykonawców jest Krajowa Izba Odwoławcza zwana dalej KIO (art. 172).

Do innych organów i instytucji mających określone zadania w zakresie zamówień publicznych wynikające z ustawy bądź innych aktów prawa można wymienić: sądy okręgowe uprawnione do rozpoznawania skarg od orzeczeń KIO (art. 198a uPzp); sądy administracyjne uprawnione do rozpoznawania skarg na decyzje Prezesa Urzędu (art. 202 uPzp); sądy powszechne uprawnione do rozpoznawania pozwów o unieważnienie umowy o zamówienie publiczne (art. 146 ust. 1 i 6 uPzp); rzecznicy dyscypliny finansów publicznych oraz właściwe komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych; organy kontroli jak Najwyższa Izba Kontroli oraz regionalne izby obrachunkowe; instytucje zarządzające środkami unijnymi.

Mając na uwadze tak istotną rolę zamówień publicznych ważne jest właściwe określenie roli organów administracji publicznej w zarządzaniu systemem jak i wyposażenie w niezbędne instrumenty pozwalające skutecznie realizować zadania.

Rozważenia wymaga rola Prezesa Urzędu w systemie instytucjonalnym organów odpowiedzialnych za wdrażanie projektów finansowanych ze środków unijnych w perspektywie 2013-2020. Obecnie, ustawa o zasadach prowadzenia polityki rozwoju nie zalicza Prezesa Urzędu do organów realizujących politykę rozwoju. Jak się wydaje największe ryzyka niewłaściwego wydatkowania środków unijnych związane jest z nieprawidłowym stosowaniem ustawy Prawo zamówień publicznych. Prace w tym zakresie będą odbywały się w ramach dyskusji nad dokumentem przygotowanym przez Ministra Rozwoju Regionalnego „Strategia Rozwoju Kraju 2020”.

5.2. Preferencje europejskie

Unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych (dyrektywy) jako dotyczące rynku wewnętrznego Unii Europejskiej nie wymagają zapewnienia dostępu do zamówień publicznych wykonawcom pochodzącym z krajów nie będących członkami Unii Europejskiej. Zamówienie publiczne muszą być dostępne dla wykonawców mających siedzibę (miejsce zamieszkania) w którymś z krajów członkowskich UE, Europejskiego Obszaru Gospodarczego a także wykonawców pochodzących z państw, które podpisały ze Wspólnotą Europejską/Unią Europejską odpowiednie umowy dotyczące wzajemnego otwarcia rynków zamówień publicznych.

W związku z powyższym proponuje się sformułowanie zasady, zgodnie z którą w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych będą mogli brać udział wyłącznie:

(1) wykonawcy mający siedzibę w jednym z krajów członkowskich Unii Europejskiej lub

(2) na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego, oraz

(3) wykonawcy mający siedzibę na terytorium kraju, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła odpowiednią umowę międzynarodową. Jednocześnie zostanie wprowadzona regulacja umożliwiająca zamawiającemu dopuszczenie, w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do udziału wykonawców mających siedzibę także na terytorium innych państw niż powyżej określone.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem dostęp do procedur zamówień publicznych w Polsce mieliby wykonawcy pochodzący z krajów stron Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA), Szwajcarii, Korei Płd, ale także takich państw jak Meksyk, Chile, Albania czy też Czarnogóra.

Wykonawcy z krajów nie będących stronami umów w zakresie zamówień publicznych mogliby ubiegać się o zamówienia publiczne tylko w sytuacji, gdyby zamawiający dopuścił, w konkretnym przypadku ich udział w danym postępowaniu o zamówienie publiczne.

5.3. Zmiana uregulowania dotyczącego rozpoznawania zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu

Proponuje się zmiany w zakresie rozpatrywania zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu, które zgodnie z art. 167 ust. 2-4 uPzp rozpatruje ostatecznie KIO, którego opinia ma charakter wiążący dla Prezesa Urzędu.

Tymczasem zgodnie z art. 154 pkt 11 uPzp to Prezes Urzędu czuwa nad przestrzeganiem systemu zamówień publicznych, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Takiego zadania ustawa nie nakłada na KIO w przepisach materialnych (art. 172 i następane). Wyłącznie kompetencją KIO jest rozpatrywanie odwołań wnoszonych w toku postępowania o zamówienie publiczne (art. 172 ust. 1 uPzp). Stąd też, rozpatrywanie zastrzeżeń od wyników kontroli przez KIO, które w zakresie swej właściwości nie ma tego typu obowiązków jest niespójne systemowo. Krajowa Izba Odwoławcza nie ponosi w tym zakresie bowiem żadnej odpowiedzialności przewidzianej ustawą.

Ponadto, Prezes Urzędu pełni rolę pracodawcy w stosunku do członków Krajowej Izby Odwoławczej. Pomijając ocenę przyjętego dotychczas rozwiązania w powyższym kontekście należy wskazać, iż rozpatrywanie zastrzeżeń przez KIO jest postrzegane jako niemające charakteru obiektywnego.

Proponuje się zatem, aby zastrzeżenia od wyników kontroli doraźnej albo uprzedniej, były rozpatrywane przez Prezesa Urzędu w terminie 15 dni od dnia ich doręczenia. Prezes Urzędu będzie mógł utrzymać w mocy wynik kontroli albo uchylić wynik kontroli i rozpatrzyć zastrzeżenia

zamawiającego do wyników kontroli Prezesa Urzędu. Zastrzeżenia zamawiającego będą rozpatrywane przez innych pracowników Urzędu aniżeli ci, którzy przeprowadzili kontrolę doraźną albo uprzednią, od wyników której zastrzeżenia zostały wniesione.

Powyższe rozwiązanie pozwoli ponadto:

- zapewnić większą spójność w zakresie prowadzonych kontroli albowiem zastrzeżenia rozpatrywane są przez 3-osobowe składy KIO co rodzi ryzyko niespójności rozstrzygnięć;
- ograniczyć ryzyko sporu pomiędzy Prezesem Urzędu a KIO w zakresie oceny zachowania zamawiających, co nie jest pożądane z punktu widzenia wizerunku organów władzy publicznej;
- wyeliminować niespójność wyników kontroli po opiniach KIO z wynikami kontroli innych organów administracji rządowej (np. instytucji zarządzających środkami unijnymi).

5.4. Skuteczne sankcje za naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszące się do podmiotów spoza sektora finansów publicznych

Normy zwarte w przepisach ustawy pełniące tak istotne cele powinny mieć zapewniony odpowiedni poziom ochrony. Właściwe stosowanie nakazów i zakazów przewidzianych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych uzależnione jest od skutecznego istnienia systemu sankcji za ich nieprzestrzeganie.

W stosunku do podmiotów sektora finansów publicznych (m.in. organów władzy publicznej, uczelni wyższych itd.) sankcje za naruszenia przepisów ustawy przewidziane są w ustawie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Sankcje za naruszenia przepisów ustawy w stosunku do zamawiających spoza sektora finansów publicznych przewidziane zostały w art. 199 i nast. ustawy w postaci kary pieniężnej w wysokości 3 000 zł (dla postępowań poniżej progów unijnych) 150 000 zł dla zamówień o wartości powyżej 10 mln euro dla dostaw i usług i 20 mln euro dla robót budowlanych oraz 30 000 zł dla zamówień o wartości mieszczącej się pomiędzy wcześniej wskazanymi progami. Warto podkreślić, iż są to sankcje za najcięższe naruszenia ustawy takie jak nieuzasadnione niezastosowanie ustawy, czy też naruszenia mające wpływ na wynik postępowania.

Przykładowo, za niezastosowanie ustawy dla zamówienia o wartości do 4 850 000 euro dla robót budowlanych przewidziana została sankcja 3 000 zł. Podkreślić należy przy tym, iż jest to jedyna sankcja przewidziana prawem jaką można nałożyć na instytucje zamawiającą.

Ponadto, poza systemem jakichkolwiek sankcji za naruszenie przepisów ustawy pozostają takie podmioty jak państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej nie należące do sektora finansów publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 2 uPzp). Pod pojęciem tym kryją się Lasy Państwowe, które jako nienależące do sektora finansów publicznych nie podlegają odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz nie podlegają systemowi kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa Urzędu albowiem zgodnie z art. 199 kary pieniężne nie mogą być nakładane na podmioty z art. 3 ust. 1 pkt 2 uPzp.

Modyfikację wysokości kar pieniężnych nakładanych na podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 4 uPzp („podmioty prawa publicznego” oraz zamawiających sektorowych), proponuje się zmianę uregulowań dotyczących kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa Urzędu na zamawiających za udzielanie zamówień w sposób niezgodny z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych. Proponuje się, by Prezes Urzędu nakładając karę pieniężną, o której mowa w art. 200 uPzp, brał pod uwagę wszystkie istotne okoliczności danej sprawy, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje naruszenia.

Stąd też, proponuje się, aby:

Po pierwsze, w miejsce obowiązujących obecnie kar kwotowych (3, 30 oraz 150 tysięcy złotych) uzależnionych sztywnie wyłącznie od osiągnięcia określonego w ustawie Pzp pułapu wartości udzielanego zamówienia, wprowadzić przepisy, zgodnie z którymi wysokość kary pieniężnej byłaby adekwatna do stopnia naruszenia przepisów i powagi naruszenia, a także uwzględniałaby zachowanie zamawiającego i, poprzez swoją rzeczywistą dolegliwość, zniechęcała zamawiających do naruszania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w przyszłości.

Po drugie, proponowana wysokość kary pieniężnej nie powinna być niższa niż wynikająca z obecnie obowiązujących przepisów i równocześnie powinna być skorelowana z regulacjami dotyczącymi określania wysokości kar finansowych orzekanych przez KIO. Powyższe oznacza, że kary pieniężne powinny być nakładane w przedziale od 2 do 10% wartości umowy o zamówienie, zawartej po przeprowadzeniu postępowania, w którym doszło do naruszeń pociągających za sobą konieczność ukarania zamawiającego. Mając na względzie powyższe założenia proponuje się, aby wysokość kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wynosiła:

- do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie – w przypadku udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania trybów udzielania zamówienia: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę, oraz w przypadku udzielenia zamówienia bez wymaganej publikacji zamówieniu odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a także w przypadku udzielenia zamówienia bez zastosowania ustawy Pzp,
- do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie – w przypadku dokonania zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a także w przypadku opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny lub niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w przypadku opisanego przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia, odrzucenia oferty z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty, oraz w przypadku dokonania wyboru najkorzystniejszej szejoferty z naruszeniem przepisów ustawy,- o ile naruszenia te miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,
- do 2% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie – w przypadku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności, a także w przypadku nieprzestrzegania terminów określonych w ustawie, o ile naruszenia te miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Po trzecie, proponuje się rozszerzenie systemu sankcji w postaci kary pieniężnej na państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

5.5. Podejmowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą uchwał dotyczących zagadnień budzących wątpliwości interpretacyjne

W celu zapewnienia większej jednolitości orzecznictwa KIO proponuje się także wprowadzenie regulacji umożliwiającej podjęcie przez KIO uchwał dotyczących szczególnie istotne wątpliwości interpretacyjne.

Podejmowanie decyzji w formie uchwał przez Krajowa Izbę Odwoławcza jest szczególnie istotne w sytuacji pojawienia się rozbieżności w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, będących następstwem kilku czynników m.in. złożonością norm zawartych w przepisach i odmiennej ich

wykładni, liczby członków KIO (40) jak i znaczącej ilości spraw rozpoznawanych przez KIO (w roku 2011 KIO rozstrzygnęła blisko 3000 spraw).

Rozbieżne orzecznictwo powoduje niepewność w stosowaniu prawa i podważa zaufanie do systemu prawnego, stąd też należy dążyć do stworzenia mechanizmu mogącego ograniczyć pojawianie się w przyszłości takich rozbieżności. Podjęcie przedstawionego powyżej rodzaju uchwały nie będzie wykluczało możliwości ponownego poddania kwestii będącej tematem tej uchwały pod obrady Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli zmieniają się okoliczności które miały wpływ na jej podjęcie – szczególnie, gdy sądy powszechne lub Sąd Najwyższy przyjmie odmienną linię orzecniczą lub zmianie ulegną przepisy ustawy Pzp.

Uchwała KIO nie miałaby charakteru wiążącego dla poszczególnych członków Izby, ale z uwagi na jej rangę wynikającą z wysokiej, kwalifikowanej, większości głosów, wymaganej do jej przyjęcia stanowiłaby niewątpliwie jasną wytyczną przy interpretacji przepisów dla poszczególnych członków KIO, tym samym ograniczając ryzyko pojawienia się rozbieżności w orzecznictwie KIO. Niewątpliwie również, ze względu na publiczny charakter, tego rodzaju uchwała KIO byłaby również pomocna w praktycznym stosowaniu przepisów ustawy Pzp przez zamawiających.

Stosowną uchwałę podejmowałoby Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej zwołane:

- 1) na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych lub
- 2) na wniosek co najmniej pięciu członków Izby, lub
- 3) z urzędu, przez Prezesa Izby.

Tego rodzaju uchwała podejmowana byłaby większością 2/3 głosów, w obecności co najmniej 2/3 składu KIO. Jednocześnie proponuje się, by szczegółowy tryb podejmowania tego rodzaju uchwał interpretacyjnych został określony mocą uchwały, która podjęta byłaby większością 2/3 głosów w obecności co najmniej 2/3 składu KIO.

5.6. Rada Zamówień Publicznych – doprecyzowanie kadencyjności członków

Zgodnie z art. 159 ust. 1 uPzp kadencja Rady upływa wraz z upływem kadencji Prezesa Urzędu. W związku z tym, iż Prezes Urzędu powoływany jest przez Prezesa Rady Ministrów w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru bez określenia czas kadencji uregulowanie dotyczące kadencyjności Rady jest niespójne. W związku z powyższym proponuje się uregulowanie okresu kadencji powołanego członka Rady Zamówień Publicznych wzorem istniejących już rozwiązań dotyczących np. członków Rady Służby Cywilnej których kadencja trwa przez 6 lat.

Ponadto, w związku z tym, iż podmiotami uprawnionymi do zgłaszania kandydatów na członków Rady są m.in. kluby parlamentarne proponuje się wprowadzenie regulacji określającej kadencję członków Rady powołanych z rekomendacji klubów parlamentarnych na okres kadencji Sejmu (wzorem rozwiązania przewidzianego w art. 21 ust. 2 ustawy o służbie cywilnej⁸).

Wymaga również doprecyzowania tryb zgłaszania kandydatów. W związku z tym proponuje się zgłaszanie kandydatów Prezesowi Rady Ministrów za pośrednictwem Prezesa Urzędu, który dołączyłby do zgłoszenia opinię o kandydacie.

⁸ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. – o służbie cywilnej (Dz.U. Nr 227, poz. 1505, ze zm.)