

## Załącznik

### Uwagi miast do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych (wersja z dnia 21 stycznia 2019r.)

#### UWAGI MIASTA KRAKÓW

Tekst ustawy jest stanowczo zbyt długi (681 artykułów, w tym niektóre wielostronicowe - 278 stron tekstu). Podstawowym jego problemem nie jest jednak, co do zasady to, co przepisano z dotychczasowego prawa zamówień publicznych, porządkując treść ustawy wielokrotnie nowelizowanej, ale to, co dopisano lub sformułowano inaczej.

Projekt tworzy nowe pojęcia o niedoprecyzowanych relacjach pomiędzy nimi w miejsce pojęć już poprawnie ukształtowanych i mających swoją praktykę stosowania oraz orzecznictwo. Zawiera przy tym zbyt wiele piętrowych, a z każdym odesłaniem bardziej nieprecyzyjnych, odesłań. Dodatkowo posługują się niezrozumiałymi odesłaniami do dokumentów unijnych, w tym o randze niższej niż same dyrektywy - np. do rozporządzeń. Wiele odesłań pozostaje nieostrych, zwłaszcza, co do zakresu stosowania części ogólnej pzp do klasycznych zamówień w progach krajowych. Niestety też nie unika powtórzeń oraz zbędnej beletrystyki (poradnikowy język) o nikłej wartości normatywnej. Niepotrzebnie przepisuje przy tym fragmenty innych ustaw, zwłaszcza KC, tworząc nieczytelne relacje pomiędzy projektem a źródłowymi przepisami. Posługując się nieostrymi pojęciami projekt prowadzi do sytuacji nadania charakteru kryterium dla kontroli legalności sformułowaniom nienadającym się de facto do traktowania, jako przepis. Nie stanowi, zatem żadnego ułatwienia w korzystaniu, ale poważne utrudnienie i przeszkodę. Utrudnienie zarówno dla zamawiających, jak i dla wykonawców. Tymczasem wśród zasad prawidłowej legislacji znajduje się zasada określoności przepisów prawa - a zatem takiej ich konstrukcji, by adresat normy bez trudności mógł określić konsekwencje prawne z niej wynikające. Chodzi, zatem o nakaz używania pojęć jasnych i klarownych oraz zakaz używania pojęć sprzecznych lub umożliwiających dowolną ich interpretację.

#### Uwagi szczegółowe:

1. Zamówienia od 50 tys. zł do progu bagatelności - art. 2 ust. 2 zawiera pojęcia skrajnie nieostre, niejasne odesłania i pozostaje w nieustalonej relacji do wielu istotnych regulacji zamówieniowych. Brzmi: „Do udzielania zamówień publicznych o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 30 000 euro, nie mniejszej jednak niż 50 000 złotych, przez zamawiających publicznych, a niewyłączonych z obowiązku stosowania ustawy, na podstawie przepisów niniejszego działu, które ze względu na swój rodzaj lub charakter mogą być skierowane do szerokiego grona wykonawców, przepisy ustawy stosuje wyłącznie w zakresie zamieszczania ogłoszeń, o których mowa w art. 415, oraz w zakresie sprawozdań o udzielonych zamówieniach publicznych.” Tymczasem z doświadczenia życiowego wynika, iż co do zasady niemal każde takie zamówienie „ze względu na swój rodzaj lub charakter może być skierowane do szerokiego grona wykonawców”. Bardziej prawidłowa i czytelna wydaje się regulacja nakazująca publikację, co do zasady i dopuszczająca wyjątki, takie jak właściwe są dla przesłanek udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki oraz wyłączeń opisanych ustawą. Kolejno, niejasne pozostaje, czy ogłoszenie dla tych zamówień będzie tożsame z „ogłoszeniem o zamówieniu” powyżej progu bagatelności, czy też inne. Nazwa wskazuje na tożsamy dokument, tymczasem jest on zaprojektowany dla znacznie szerszych

wymogów proceduralnych. Zatem przy niebagatelnych zamówieniach będzie nieczytelny.

Nie jest też jasne, czy istnieją jakieś sankcje (w tym dyscyplinarne) za błędną ocenę kryterium rozgraniczającego zamówienia do publikacji inne oraz jakie środki może podjąć zainteresowany wykonawca, jeśli ustali brak ogłoszenia lub inne błędy w procedowaniu naruszające jego interes. Doprecyzować także należy, czy takie niebagatelne postępowanie to „postępowanie o udzielenie zamówienia”, w rozumieniu art. 8 pkt 17;

2. Art 71(str. 42) pozostaje niezrozumiałą, co do zamysłu projektodawcy, w szczególności, co do ustalenia, czym miałyby się różnić taka komunikacja od komunikacji opisanej w art. 70 dla postępowań w progach unijnych; czy w progach krajowych można składać dokumenty niepodpisane, czy też skany dokumentów/ofert popisane w tradycyjny sposób?; jak należy podpisywać dokumenty składane w postępowaniach procedowanych w progach krajowych?;

3. kwartalne aktualizacje planów zamówień z art. 27 (str. 24) oznaczają tworzenie kosztownego narzędzia kontroli nieadekwatnego do celu przepisu - nie uwzględniają przy tym skali działalności niektórych zamawiających i skali wysiłku wkładanego w proces planowania;

4. in-house powinien być wyłączony z pzp z uwagi na specyficzne relacje, jakie wiążą taki podmiot z zamawiającym; tworzy to absurdalny kontekst np. przy składaniu oświadczeń o niepodleganiu wyłączeniu z postępowania oraz dla sposobu prowadzenia negocjacji z pozycji podmiotu dominującego; jeśli te przepisy z jakiegoś powodu muszą zostać w ustawie to należałoby je wydzielić do osobnego działu i opisać w sposób odpowiadających ich specyfice;

5. uprawnienia organizacji wpisanych na specjalną listę do składania środków ochrony prawnej - uprawnienie to należałoby raczej ograniczyć do prawa przystąpienia do postępowania (może nawet reprezentowania wykonawcy), ale nie do pozostawania odrębnym bytem w. postępowaniu odwoławczym, do tego bez wyraźnego wskazania, czy taki podmiot jest stroną postępowania i jak wygląda kwestia kosztów postępowania z jego udziałem, oraz jak wygląda kwestia interesu prawnego i faktycznego w samodzielnym procedowaniu (a także jak daleko ten interes prawny i faktyczny sięga);

6. poważnym problemem jest też elektroniczne archiwizowanie „na wieczność” (już ponad 15 lat) dokumentów umieszczonych na bip - w tym zakresie, biorąc pod uwagę rosnącą lawinowo liczbę dokumentów komunikowanych aktualnie zainteresowanym via bip i koszty ich przechowywania/udostępniania należy pilnie rozważyć rozsądny okres ich usuwania; chodzi przy tym nie tylko o koszty udostępniania (wysokie zwłaszcza w odniesieniu do skali potencjalnych korzyści), ale także kwestie ochrony danych osobowych oraz sprzeczność z przepisami o archiwizacji (na bip dostępne są również niektóre informacje dotyczące np. postępowań o udzielanie zamówień publicznych, których teczki spraw są legalnie „wybrakowane wiele lat temu); pamiętać także należy, iż nawet publikator europejski TED nie udostępnia ogłoszeń z postępowania bezterminowo.

7. art. 1ust. 2 - w całości został błędnie sformułowany – uwagi w części poprzedniej;

8. Słownik z art. 8 (str. 7 i nast.):

a) definicja specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) z art. 78 ust. 1pkt 5 powinna być przeniesiona do słownika; potrzebne jest też wyraźne odróżnienie SWZ od „opisu potrzeb i wymagań” (def. 15) oraz „warunków zamówienia” (def. 29), które przecież nie są warunkami udziału w postępowaniu w rozumieniu dotychczasowej ustawy;

b) „profil nabywcy” (def. 18) wymaga odróżnienia od strony internetowej prowadzonego postępowania;

9. Wyłączenia z ustawy {art. 11, str. 16):

a) art. 11 ust. 1 pkt 8: poza wyłączeniem nawiązania stosunku pracy należy rozważyć dopisanie wyłączenia w postaci umowy zlecenia z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, jeżeli jego jednostkowa wartość nie przekracza progu bagatelności (niezależnie od liczby osób fizycznych współpracujących na takich samych zasadach z określonym zamawiającym - wyłączenie domyślnego obowiązku sumowania);

b) art. 11 ust. 2 pkt 1: pozytywnie należy ocenić rezygnację z wykluczenia jst z możliwości pozyskiwania kredytów i pożyczek z pominięciem procedur przetargowych, jednak niezwykle potrzebnym rozwiązaniem jest dopuszczenie takiego samego wyłączenia dla zakupu waluty w celu spłaty uprzednio zaciągniętego zobowiązania w walutach obcych (problem wahań kursu i potrzeba elastycznego podejmowania decyzji);

10. art. 1, str. 20 - niezrozumiałe jest wyłączenie stosowania tego przepisu przy udzielaniu małych zamówień, tj. w przedziale 50 tys. zł a 30 tys. euro;

11. art. 27, str. 24 - dokonywanie kwartalnych aktualizacji planów zamówień jest niezwykle kosztowne (zasoby ludzkie, czas, koszty przechowywania „na wieczność” na stronach bip), a nie przynosi praktycznie żadnych pozytywnych efektów (nikłe zainteresowanie); ponadto podważa dotychczasową rozsądną linię demarkacyjną pozwalającą rozdzielić zamówienia planowane i nieplanowane (ze środków zaoszczędzonych lub przeniesionych albo pozyskanych z zewnątrz w ciągu roku budżetowego) - jaki bowiem status, w zamyśle projektodawcy, powinny mieć zamówienia nieplanowane, ale umieszczone w zaktualizowanym planie 111 kwartału?;

12. art. 31, str. 27 - błąd logiczny zapisu - z porównania ust. 1 i ust. 2 wynika, że do zamówienia obejmującego jednocześnie usługi i dostawy stosuje się jednocześnie, (bo brak kryterium rozróżniającego) „przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia” oraz „przepisy ustawy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego szacunkowa wartość jest wyższa”;

13. art. 35 ust. 1, str. 28 - zasady szacowania pomijają podobne okoliczności właściwe dla zamówień krajowych oraz usług społecznych, co należy uzupełnić;

14. art. 41, str. 31 - niezrozumiałe jest wyłączenie stosowania tego przepisu przy udzielaniu małych zamówień, tj. w przedziale 50 tys. zł a 30 tys. euro; jednocześnie jednak przepis ten pozostaje w pewnej sprzeczności z art. 49 (dla zamówień wspólnych) i art. 56 ust. 1, który przypisuje tę samą odpowiedzialność kierownikowi zamawiającego - należałoby raczej rozważyć rezygnację z tych zapisów, ponieważ zawierają oczywistą informację o obowiązku stosowania ustawy przez każdy z tych podmiotów; ustawa

w oczywisty sposób powinna nieść treść stricte normatywną o charakterze nowości

i unikać powtórzeń, zwłaszcza takich, które mogą wypaczyć pierwotny sens, (bo czy członkowie komisji albo biegły nie odpowiadają za przeprowadzenie postępowania zgodnie z ustawą pzp mimo braku dedykowanego im odrębnego przepisu);

15. art. 61 ust. 1 do ust. 7, str. 38-39 - zbędne jest składanie oświadczenia o braku prawomocnego skazania w sytuacji, gdy pracodawca dysponuje takim zaświadczeniem w aktach pracowniczych, a przy tym dodatkowe składanie osobnego (drugiego) oświadczenia o braku konfliktu interesów, wydaje się raczej potrzebny powrót do aktualnego stanu, tj. składania oświadczenia tylko raz, (co do zasady); brak ponadto w przepisie ust. 3 terminu, w jakim kończy się stan podlegania wykluczeniu, u, co sugeruje, iż nie jest nim moment wykonania kary, ale raczej zatarcia skazania - jeśli intencja projektodawcy była inna, to należy ją doprecyzować;

16. art. 61 ust. 2 pkt 2 oraz art. 123 ust. 1pkt 3 (str. 68) posługują się pojęciem „członka organu”, podczas gdy niektóre osoby fizyczne są organami per se, nie zaś członkami organu (wójt, burmistrz, prezydenta oraz rektor szkoły wyższej), co rodzi wątpliwości, co do zakresu podmiotowego składania dokumentów;

17. art. 68 ust. 1 i ust. 2, str. 41-42 - kategorię wyłącznie tradycyjnej komunikacji (także dla zamówień krajowych) jest zdecydowanie przedwczesne, a projekt nie uwzględnia w wystarczającym stopniu kosztów tej zmiany; nie jest również właściwe tak kategorię, jak czyni to ust. 2, wyłącznie komunikacji ustnej, zwłaszcza, że pozostawiono tryby negocjacyjne (nie jest właściwe odbieranie wykonawcom prawa do składania skutecznych oświadczeń w toku negocjacji, a zamawiającym prawa do przyjmowania tych oświadczeń i ograniczania biurokracji - zbędny formalizm); przy tej okazji należy postulować wyraźnie dopuszczenie trybów negocjacyjnych, jako prowadzonych także w oparciu o bezpośredni kontakt zamawiających z wykonawcami, a niejedynie tele/video-konferencje;

18. art. 71 (str. 42) pozostaje niezrozumiałą, co do zamysłu projektodawcy, w szczególności, co do ustalenia, czym miałyby się różnić taka komunikacja od komunikacji opisanej w art. 70 dla postępowań w progach unijnych; czy w progach krajowych można składać dokumenty niepodpisane, czy też skany dokumentów/ofert opisane w tradycyjny sposób?;

19. art. 82 ust. 3 (str. 48) - zapis nie bierze pod uwagę realiów zwrotu dokumentów cyfrowych – nie opisuje, bowiem jak w praktyce powinno wyglądać zwracanie programów komputerowych, projektów itp.- należy je usuwać i protokołować usunięcie? ale, po jakim czasie usuwać? a może składać oświadczenie?; zbliżony problem dotyczy wadium i ofert w postaci elektronicznej i jest tak istotny, że wymaga interwencji ustawodawcy;

20. art. 83 ust. 2 (str. 48) - zamiast udostępniania „od chwili otwarcia” należy wprowadzić określenie czasu „niezwłocznie po” - złożone oferty przed ich udostępnieniem wymagają uprzedniej weryfikacji, co do zakresu złożonych dokumentów i skuteczności objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa;

21. art. 86 ust. 3 (str. 49) - niezrozumiałe jest ograniczanie do 30 dni obowiązku zwrotu materiałów wykonawcy, zwłaszcza, że koszty przechowywania ponosi sektor publiczny, to, co konieczne to raczej ustalenie zasad zwracania dokumentów/materiałów w postaci elektronicznej/cyfrowej;

22. art. 88 ust. 1i ust. 3 (str. 49) - przepis nie uwzględnia okoliczności, iż zakodowana oferta po jej otwarciu nie może być zarchiwizowana w jej „oryginalnej postaci”, a jedynie w postaci ustalonej czynnościami otwarcia; także zapisy ust. 3 pozostają wyrazem nadmiernego formalizmu, który nie wnosi żadnej wartości dodanej a jest niezwykle czasochłonny w wykonaniu - nota bene aktualnie w tradycyjnej dokumentacji nikt nie sporządza tak szczegółowego spisu kart jak szczegółowo miałyby być oznaczane poszczególne pliki (czas, osoba przekazująca); w podążaniu za iluzją precyzji projektodawca posuwa się do sformułowania w kolejnym art. 89 pkt 2 do żądania oznaczania „daty i godziny złożenia dokumentów przez wykonawcę oraz udostępnienia dokumentów przez zamawiającego”; jeśli intencja projektodawcy była inna to należy ją uściślić w treści obydwu przepisów;

23. Art. 92 (str. 51) - nie jest jasne, jaką formę ma przyjmować analiza potrzeb i wymagań, w szczególności, czy wystarczające jest syntetyczne zaprotokołowanie narady w zakresie tej kwestii; nie jest też jasne, jakie miałyby być konsekwencje braku takiej analizy np. z powodu nakładania się takich wymagań z wymaganiami wynikającymi z innych przepisów i regulacji (np. wymogi projektowe, ustawa ppp); także oczekiwanie, iż zamawiający będzie w stanie na tak wczesnym

etapie sondażowym ustalić „orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów” realizacji jest wymogiem nieuwzględniającym realiów - pamiętać przy tym należy, iż konsultacje rynkowe to inny/późniejszy etap namysłu przed realizacją zamówienia;

24. Art. 102 ust. 3 (str. 55) - tę zmianę należy ocenić negatywnie, choć jest zrozumiałe, iż ma ona ochronić zamawiających przed znaną już powszechnie praktyką europejskiego publikatora ogłoszeń TED uznaniowego odmawiania publikacji niektórych sprostowań ogłoszeń; niemniej jednak aktualna redakcja przepisu wskazująca, iż: „Niedopuszczalne są zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, które mogą wpływać na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, w szczególności w istotny sposób zmieniające charakter lub zakres zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym” prowadzi do uznania, iż nawet zmiana terminu realizacji zamówienia - na wniosek wykonawców - może zostać w świetle przepisu oceniona, jako niedopuszczalna, ponieważ powoduje zwieszenie zainteresowania rynku zamówieniem;

25. art. 110 ust. 1(str. 57) - wydaje się, iż lepszym rozwiązaniem niż poluzowanie wymogów w zakresie żądania wadium (zawsze fakultatywnie) byłoby skłonienie krajowych banków i ubezpieczycieli do sporządzania gwarancji w czystej postaci elektronicznej (zamiast podpisywania elektronicznego skanów tradycyjnych dokumentów);

26. art. 144 ust. 2 do ust. 4 (str. 79) - zapisy zbędne, powtarzające przepisy właściwe dla poszczególnych trybów postępowania;

27. art. 145 ust. 2 (str. 79) - przykład nieczytelnego piętrowego odwołania: „2. Zamawiający może wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego przez przekazanie zaproszenia do negocjacji w okolicznościach, o których mowa w art. 171ust. 1.” W art. 171ust. 1mamy zaś zapis: „Art. 171. 1. W sytuacji, o której mowa w art. 170 ust. 1pkt 5 zamawiający może odstąpić od publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zaprosi do negocjacji wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, nie podlegali wykluczeniu i spełniali warunki udziału w postępowaniu oraz złożyli oferty w wyznaczonym terminie, w sposób określony przez zamawiającego.” W konsekwencji nie wiadomo o co chodziło projektodawcy. Przepisy niezrozumiałe są, zatem w praktyce ignorowane - nie stosuje się trybów z "pułapkami" zastawionym na procedującego;

28. art. 153 ust. 2 (str. 83) - dla zmian specyfikacji w całości zachowuje aktualność uwaga poczyniona do relewantnego art. 102 ust. 3 (str. 55) w zakresie zmian ogłoszeń;

29. Art. 155 ust. 4 (str. 84) - niezrozumiały w kontekście aktualnego sformułowania art., 70 do którego odsyła; skoro każde postępowanie unijne musi być procedowane elektronicznie to, jaki jest sens dopuszczenia do skracania terminów - wydaje się, że przepis powinien być sformułowany przeciwnie - co do zasady powinien pozostać (de facto skrócony już) termin 35-dniowy, a w przypadku procedowania częściowo tradycyjnego (z uwagi na specyficzne dokumenty składane w postępowaniu) termin powinien być obligatoryjnie wydłużany; tu warto wyobrazić sobie taką sytuację: mamy do ustalenia termin składania ofert dla postępowania, w którym „składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji”, ale zaplanowano w nim wizję lokalną - czy w takim postępowaniu termin składania ofert poprawnie wyznaczamy na 35+1dzień czy też na 30+1dzień od przekazania ogłoszenia; ponadto nie jest jasne, co projektodawca miał na myśli pisząc o składaniu ofert „w całości” - czy chodzi o sytuację elektronicznego składania fragmentu oferty i tradycyjnego składania innego fragmentu tej oferty fizycznie u zamawiającego;

30. art. 231 ust. 11do ust. 14 i nast. (str. od 111) - zgodnie z uwagą ogólną, należy ponownie



przemyśleć wyłączenie zamówień typu in-house z porządku ustawy pzp, do którego nie pasują ze swojej natury; dodatkowo jednak należy zwrócić uwagę na powielany z dotychczasowego stanu prawnego błąd wymagania podwójnych ogłoszeń o różnym zakresie i brak wyłączeń przepisów nieodpowiadających naturze in-house;

31. art. 236 ust. 1(str. 115) - zapis „Kryteria oceny ofert nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty" sugeruje, iż ograniczona swoboda jest dopuszczalna, co wydaje się przeczyć dotychczasowej praktyce orzecznictwa KIO oraz ocen wynikających z kontroli Prezesa UZP; aktualne zapisy art. 91 ustawy pzp wydają się wystarczająco precyzyjne mające uzasadnienie w bogatym orzecznictwie;

32. art. 236 ust. 3 (str. 115) - zapis:„3. Opisy kryteriów oceny ofert powinny umożliwiać skuteczną weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach pod kątem stopnia spełniania przez te oferty kryteriów oceny ofert, w tym, poprzez podanie przez zamawiającego rodzaju i zakresu informacji w ofertach, które będą brane pod uwagę, oraz przedmiotowych środków dowodowych przedstawianych na ich poparcie." jest niezrozumiały i nienadający się do stosowania; aktualne zapisy art. 91 ustawy pzp wydają się wystarczająco precyzyjne mające uzasadnienie w bogatym orzecznictwie;

33. art. 252 ust. 2 i ust. 3 (str. 120 i 121) - pomysł dodania odrębnego obowiązku zamawiającemu, aby jeszcze przed otwarciem ofert udostępniał na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia", w miejsce dotychczasowej publikacji obu informacji łącznie (tzn. wraz z informacją o złożonych ofertach), jest błędny i może doprowadzić do niezamierzonych kłopotów np. w przypadku, gdy otwarcie ofert będzie technicznie możliwe, ale publikacja na bip niewykonalna z powodu czasowej awarii - czy w zamyśle projektodawcy zamawiający ma wstrzymać otwarcie ofert do czasu opublikowania tej informacji? A może powinien zawsze projektować otwarcie w kolejnym dniu po upływie terminu składania tych ofert, wbrew dotychczasowej dobrej praktyce, iż otwarcie ofert odbywało się w ciągu ok. godziny od upływu terminu składania ofert; czemu sprawdzone rozwiązanie jest zastępowane rozwiązaniem wprowadzającym dodatkowe zamieszanie w postępowaniu?; Nie można też uznać za właściwą zmiany terminu publikacji informacji z otwarcia na stronach postępowania - aktualnie taka publikacja następuje „niezwłocznie" (i termin ten uwzględnił, iż są postępowania wieloczęściowe z wieloma ofertami, np. 8 ofert wieloczęściowych na 24 części), wg projektu miałyby jednak nastąpić „bezpośrednio po otwarciu ofert" – przywrócenie w projekcie aktualnego rozwiązania wydaje się konieczne;

34. art. 255 ust. 3 (str. 122) - zapis w całości zbędny, kryterium legalności nie może być formułowane poradnikowo/przykładowo, nie odpowiada to, bowiem wymogom prawidłowej legislacji;

35. art. 257 ust. 1pkt 1- nie jest jasne, do jakich desygnatów odnosi się częściowe złożenie oferty po terminie - czy chodzi o sytuację opisaną w uwagach do art. 155 ust.4?;

36. art. 279 (str. 129) - pomysł wdrożenia instytucji spotkań z wykonawcami i po wyborze oferty, bez oznaczenia jego celu i relacji takiego spotkania do terminu ustawowego na składanie środków ochrony prawnej jest kompletnie niezrozumiały a ponadto wydaje się, że sama instytucja jest zbędna. Wykonawcy, którzy chcą uzyskać kopie dokumentów postępowania uzyskują je w innym trybie. Powtarzanie natomiast przez zamawiającego ustnie motywów rozstrzygnięcia doprowadzi do nieporozumień i wychwytywania niezamierzonych różnic w opisie stanu faktycznego i prawnego - może, zatem w praktyce doprowadzić do odczytywania treści przestanych pism;

37. art. 286 (str. 131) - niezrozumiały jest powód żądania od zamawiającego podwójnego udostępniania informacji, zarówno na stronie internetowej prowadzonego postępowania, jak i na profilu nabywcy; wielu zamawiających wykorzystuje dotychczas prostą publikację na bip;

38. art. 417 do art. 423 (str. 183 i nast.) - projektowane uproszczenia prowadzą do niejednoznaczności w określeniu zakresu stosowania przepisów ogólnych pzp do zamówień krajowych, jedynie informacje dotyczące ustalenia krótszych terminów pozostają czytelne; w pozostałym zakresie zapisy wymagają poważnego dopracowania najlepiej poprzez ustalenie w relacji 1: 1, który przepis zastępuje, który oraz, że całą resztę należy stosować odpowiednio; na marginesie art. 422 ust. 1 wskazać też należy, iż art. 139 z części ogólnej wyjaśnia już sprawę składania uproszczonego oświadczenia odpowiadającego JEDZ - nie jest, zatem jasne, jaką nowość normatywną wskazany przepis miałby kształtować;

39. art. 425 ust. 2 (str. 186) - nie jest jasne, w jaki sposób zamawiający miałby negocjować skoro i tu obowiązywać ma komunikacja elektroniczna; przepis wymaga dopracowania;

40. Art. 462 (str.199) - zapis należy uznać za błędny i otwierający pole do nierozwiązywalnych sporów z wykonawcami; nie jest też jasne, jakie miałyby być skutki rzeczywistego lub rzekomego naruszenia zapisów normatywnych o tak nieostрым i niejednoznacznym charakterze, a w dodatku, co do okoliczności ze swej istotny ujawniających się ex-post (np., co to znaczy, że zamawiający nie może „naliczać kar umownych za opóźnienie, jeżeli opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada albo nie może zaprojektować „odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie świadczeń, które nie były możliwe do przewidzenia przez wykonawcę działającego z należytą starannością”);

41. art. 465 i nast. (od str. 200) - essentialia negotii umów opisują przepisy kodeksu cywilnego, ewentualnie innych ustaw; tworzenie prawa pzp w oderwaniu od systemu prawa cywilnego i prywatnego jest niewłaściwe i powoduje przeładowanie projektu ustawy treściami pozornie tylko normatywnymi, o znikomym walorze poradnikowym i potężnym potencjale tworzenia sporu na styku pzp i innych ustaw; chyba, że zamysłem projektodawcy było stworzenie katalogu essentialia negotii umowy o zamówienie publiczne - także jednak w tym wypadku konieczne jest poważne przereklamowanie tekstu; nota bene - zapewne wbrew intencji projektodawcy - takie zapisy nie ochronią wykonawców, ponieważ podmioty planujące nieuczciwe praktyki są profesjonalne i doskonale poradzą sobie z poruszaniem się pomiędzy przepisami błędnie zredagowanymi, sprzecznymi i przeładowanym treścią pozornie tylko normatywną;

42. art. 468 (str. 202) - przepis pozostaje niejasny i będzie budził poważne wątpliwości, co do sposobu stosowania; obligatoryjne przeliczanie wynagrodzenia wykonawcy pozostaje przy tym niemożliwe do zastosowania w przypadku robót budowlanych z wynagrodzeniem ryczałtowym, a przecież takie wynagrodzenie pozostaje zgodne z prawem (chyba, że przepis ten miał doprowadzić do praktycznej niemożliwości stosowania tego rodzaju rozliczenia); nie jest też jasne, czym są „ceny materiałów lub koszty istotne dla realizacji zamówienia, a zatem wymagające zmiany - nie jest jasne aktualnie, ale niestety jest oczywiste, że na kanwie tak nieostrego przepis zawsze można sformułować wniosek o waloryzację i Izba Koncyliacyjna będzie wszystkie te spory rozstrzygać - szybko, zatem może zostać sparaliżowana takimi sprawami;

43. art. 471 i art. 472 (str. 203 i nast.) - system zaliczek zaprojektowany nazbyt swobodnie doprowadzi nie tyle do poprawy płynności wykonawców, ale raczej do narażania zamawiających na koszty działalności nieuczciwych wykonawców; wnoszenie zabezpieczenia udzielanych zaliczek niczego tym nie rozwiąże; potrzebne jest jednak wyraźne dopuszczenie zaliczek dla postępowań prowadzonych w trybie z wolnej ręki, szczególnie pożądane dla zamówień z obszaru kultury;

44. art. 475 (str. 205) - zarówno raport z realizacji zamówienia, (do którego zachowują aktualność początkowe uwagi poczynione przy analizie potrzeb i wymagań), jak i ogłasza nie o zrealizowaniu zamówienia (art. 477), należy uznać za zbędne w całości; uwaga ta nie kwestionuje potrzeby namysłu po wykonaniu zamówienia, ale tworzone wokół tego namysłu narzędzia biurokratyczne, nota bene niewynikające z dyrektyw;

45. art. 487 ust. 2 (str. 212) - przepis w całości błędnie przeniesiony z dotychczasowej ustawy a w konsekwencji zawierający nieistniejące już odesłania;

#### **Pozytywna ocena:**

1. Rezygnacja z dotychczasowego wykluczenia JST z korzystania z dobrodziejstw wyłączenia spod ustawy przy zamawianiu usług pożyczek lub kredytów (art. 11 ust. 1 pkt 8, str. 16), przy czym pożądane byłoby wyraźne dopuszczenie wyłączenia także dla nabywania waluty w celu wcześniejszej spłaty uprzednio zaciągniętych kredytów walutowych (banki obsługujące JST nie zawsze oferują najkorzystniejszy kurs, a podobne zamówienie wymaga szybkich reakcji na wahania tego kursu i „korzystania z okazji” - droga przetargowa nie posiada takiej zalety).

2. Dopuszczenie wcześniejszego zwalniania wadium na wniosek wykonawcy rezygnującego z wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 111 ust. 2, str. 58).

3. Dopuszczenie wyboru oferty po upływie okresu związania, jeśli wykonawca się zgodzi (art. 271, str. 127).

4. Uporządkowanie przepisów dotyczących usług społecznych w sposób zgodny z dość powszechnie ustaloną dotychczasową praktyką (art. 140 i nast., str. 148). Przydatne byłoby jednocześnie potwierdzenie i tej praktyki, że korzystanie ze ścieżki udzielania zamówienia, jako usługi społecznej (a nie zamówienia klasycznego) jest dobrowolne (nie jest obowiązkowe).

5. Odstąpienie do odrębnego informowania Prezesa UZP o czynnościach w postępowaniu;

6. Próba rozwiązania problemu braku koordynacji kontroli w obszarze zamówień publicznych - zwłaszcza zaś dopuszczania do sprzecznych ustaleń, co do tożsamego przedmiotu kontroli - poprzez powołanie Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych (art. 522. Komitet do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, str. 233).

7. Wyraźne potwierdzenie możliwości koncyliacyjnego rozwiązywania problemów napotkanych w trakcie realizacji umowy (DZIAŁ X, Postępowanie koncyliacyjne, str. 260) oraz wyraźne dopuszczenie jej stosowania w okresie przejściowych do dotychczasowych postępowań (via przepisy intertemporalne).

Osobą do kontaktu w sprawie przedmiotowej opinii jest Pani Anna Szeliga, Kierownik Oddziału Zamówień Publicznych w Wydziale Organizacji i Nadzoru UMK, tel. 12 616 15 08, e-mail: Anna.Szeliga@um.krakow.pl.



## UWAGI MIASTA POZNAŃ

### 1. Nowy rodzaj ogłoszeń oraz raport z realizacji zamówienia

Nowe, dodatkowe dokumenty w postępowaniu - ogłoszenie o wykonaniu umowy zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych niezwłocznie po wykonaniu umowy oraz raport z realizacji zamówienia, jeśli podczas jego wykonywania wystąpiły komplikacje określone w przepisie art. 475 Pzp zasługują na opinię negatywną. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy: „Celem tego nowego obowiązku po stronie zamawiających jest zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych dzięki należytej przeprowadzonej ewaluacji realizacji umowy. Dzięki przeanalizowaniu treści umowy oraz sposobu jej realizacji, Zamawiający może wdrożyć zmiany w odniesieniu do zamówień podobnego typu w przyszłości”. Regulacja oceniona negatywnie. Obciążenie Zamawiającego obowiązkiem tworzenia kolejnych dokumentów w postępowaniu już zakończonym nie przyniesie bezpośredniego efektu w postaci podniesienia jakości dokumentacji przyszłych postępowań, a wręcz odwrotnie zaangażuje czas, który Zamawiający mógłby poświęcić na przygotowanie dokumentacji nowego postępowania. W konsekwencji, w praktyce, powstanie efekt „błędnego koła” – zamawiający powiela błędy korzystając z szablonów zakończonych postępowań z powodu braku czasu na stworzenie kompletnej nowej, przeanalizowanej dokumentacji. Tymczasem ustawodawca, jako rozwiązanie tej sytuacji proponuje by zaangażować jeszcze więcej czasu w tworzenie kolejnego dokumentu, nie posiadającego związku z przyszłym postępowaniem.

### 2. Możliwość wyboru oferty, której okres związania upłynął

Pozytywną zmianą jest regulacja przesądzająca, że ofertę, której okres ważności upłynął oraz niezabezpieczoną wadium, można wybrać, jeżeli zgodzi się na to wykonawca. Uregulowanie to wprost rozstrzyga funkcjonujące w praktyce wątpliwości co do skutku upływu terminu związania ofertą. W sposób zgodny z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO. Stanowi ona, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie Wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Ponieważ celem postępowania jest dokonanie wyboru oferty, to okoliczność, że okres związania nią już upłynął, nie może stać na przeszkodzie dla zawarcia umowy z Wykonawcą, jeśli ten podtrzymuje warunki zawarte w ofercie. Nowa regulacja doprecyzowuje, że jeżeli termin związania ofertą upłynął, Zamawiający wzywa Wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia pisemnej zgody na wybór jego oferty.

### 3. Zakaz istotnych zmian treści SWZ

Art. 153 ust. 2 nowej ustawy zakazuje w postępowaniu prowadzonym w przetargu nieograniczonym wprowadzania do treści SWZ zmian, które wpływałyby na krąg Wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości zgłaszania przez Wykonawców zastrzeżeń do treści SWZ w sytuacji, gdy zawiera on warunki ograniczające konkurencję. Zmiana treści SWZ powodująca zwiększenie kręgu potencjalnych Wykonawców przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu nieograniczonym oraz pod warunkiem wydłużenia terminu na składanie ofert powinna być zawsze dopuszczalna. Zmiana przepisu zupełnie niezrozumiała jak również sprzeczna z art. 47(3) (b) dyrektywy 204/14.

#### 4. Równouprawnienie stron postępowania o zamówienie publiczne

Zwiększenie równowagi między Wykonawcą a Zamawiającym poprzez wprowadzenie zasady zakazu kształtowania praw i obowiązków Zamawiającego i Wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia to jak najbardziej słuszny kierunek zmian. W przeważającej większości zamówień zasada ta jest mocno zachwiana lub nie występuje w ogóle. Przyjęto się bowiem, że to Zamawiający jest „właścicielem” zamówienia i może narzucić dowolne warunki, a wykonawca ma do wyboru albo się na nie zgodzić, albo zrezygnować z ubiegania o zamówienie publiczne. Wprowadzenie klauzul abuzywnych, których nie będzie można wprowadzać do kontraktów oraz określenie postanowień obowiązkowych, które Zamawiający będą musieli do nich wpisywać zrówna pozycje obu stron do podobnego poziomu. Plusem obecnie zaprojektowanej regulacji jest to, że w pewnym sensie definiuje ona rażącą nieproporcjonalność poprzez wskazanie sytuacji, które będą za takie uważane. Daje to wykonawcom gwarancję, że do umów nie będą wprowadzane przynajmniej postanowienia wskazane enumeratywnie przez ustawodawcę.

Za pozytywną należy uznać również zmianę przewidzianą w art. 468 ust. projektu zakładającą obowiązek zawarcia w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowienia o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów istotnych dla realizacji zamówienia. Dostrzeżono bowiem, że zmiana uwarunkowań wykonywania umowy jest przy umowach długoterminowych zjawiskiem naturalnym i nie powinno to obciążać Wykonawców, którzy są zmuszeni zadeklarować cenę już przy składaniu oferty. Z perspektywy Zamawiającego wiąże się to oczywiście z koniecznością zaplanowania i wydatkowania dodatkowych środków na dane zamówienie, jednak w kontekście całego systemu zamówień podjęta zostanie próba wyeliminowania zagrożeń dot. utraty rentowności zamówienia, a w konsekwencji nawet upadłości Wykonawców. System zamówień publicznych, co do zasady, powinien wspierać przedsiębiorców, a nie być źródłem niepotrzebnych ryzyk po ich stronie.

#### 6. Środki ochrony prawnej. Dodatkowe uprawnienia Krajowej Izby Odwoławczej

Dzięki utworzeniu wyodrębnionego wydziału KIO - Izby Konciliacyjnej czyli rodzaju przedsądu, o charakterze polubownym, zajmującego się rozwiązywaniem sporów między Wykonawcą a Zamawiającym w przyspieszonym trybie (do sześciu miesięcy) strony otrzymają szansę szybkiego zażegnania konfliktów, co w konsekwencji może zapobiec zrywaniem umów, ponoszeniu kosztów związanych z zabezpieczeniem inwestycji oraz znalezieniem nowych Wykonawców. Oszczędzić może również wieloletniego oczekiwania na rozstrzygnięcie skomplikowanego sporu toczącego się przed Sądem powszechnym, pod warunkiem jednak, że rozstrzygnięcia KIO będą dla stron wiążące. Jeśli natomiast KIO przejmie jedynie rolę mediatora, a ustalenia które przed nią zapadną nie będą miały mocy wiążącej, to tworzenie dodatkowej procedury ugodowej stanowi w rzeczywistości jedynie wydłużenie drogi dojścia do zakończenia sporu przez strony.

Istotne są także zmiany dotyczące elektronicznej postępowania odwoławczego. Wprowadzenie protokołu w postaci audio i wideo oraz rezygnacja z mozolnego i czasochłonnego protokołowania pisemnego w znaczący sposób skróci przebieg samej rozprawy oraz ułatwi przedstawianie argumentów i wniosków dowodowych przez strony.

## 7. Środki ochrony prawnej. Rozszerzenie zakresu odwołań

Na negatywną ocenę zasługuje zawarte w projekcie prawo Wykonawcy do składania odwołań odnośnie wszystkich zaniechań i czynności podejmowanych przez Zamawiających, także w postępowaniach poniżej progów unijnych. W praktyce spowodować to może nadmierne wydłużenie procedury, generować dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego oraz stać się narzędziem skutecznego uniemożliwiania Zamawiającemu realizacji zamówienia.

## 8. Środki ochrony prawnej. Nowy organ sądowy

Uzasadnione wydaje się powołanie nowego dedykowanego Sądu rozstrzygającego skargi na orzeczenia KIO. Sprawy dotyczące zamówień publicznych należą do wyjątkowo skomplikowanych i są rozstrzygane na podstawie specjalistycznych przepisów, dlatego korzystne dla wszystkich będzie oddanie ich w ręce sędziów specjalizujących się w tych właśnie regulacjach. Być może powyższa zmiana przyczyni się do ujednoczenia orzecznictwa sądowego obszarze zamówień publicznych.

## 9. Środki ochrony prawnej. Usprawnienie postępowania skargowego na orzeczenia KIO

Wydłużenie terminu na wniesienie skargi na orzeczenie KIO oraz obniżenie opłaty sądowej do trzykrotności wpisu wpłacanego do KIO znacząco zwiększy dostępność tego środka ochrony prawnej dla małych i średnich przedsiębiorstw. Wysoka opłata bowiem w praktyce często ogranicza prawo do rozpatrzenia sprawy przez II instancję.

## 10. Elektronizacja zamówień

Niestety projekt pomija, co należy uznać za duży błąd, przepisy uwzględniające ujawnione problemy elektronizacji zamówień publicznych. Mimo krótkiego okresu, który upłynął od obowiązkowej elektronizacji zamówień powyżej progu unijnego wiadomo, że wiele problemów praktycznych wymaga uregulowania. Doraźne, niespójne orzecznictwo w żaden sposób natomiast nie eliminuje różnic interpretacyjnych wynikających z braku spójności powiązanych przepisów, a jedynie negatywnie kształtuje rynek w tym zakresie.

Osoba do kontaktu ws. opinii: pani Katarzyna Woźniak, Zastępca Dyrektora ds. Zamówień Publicznych, Wydział Zamówień i Obsługi Urzędu, tel. +48 61 878 52 10, mail: [zou@um.poznan.pl](mailto:zou@um.poznan.pl)

## **UWAGI MIASTA EŁK**

1. Projektowana ustawa Prawo zamówień publicznych w swojej treści jest nadmierne rozbudowana, powodując jej nieczytelność (682 artykuły), obecna ustawa Prawo zamówień publicznych posiada 227 artykułów.

2. W Dziale dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, opisano postępowanie dokonując licznych odniesień do innych przepisów tej ustawy, w jakim zakresie te przepisy mają zastosowanie lub nie, powodując tym samym nieczytelność przepisów dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne.

3. Zmiana nazewnictwa w projektowanej ustawie ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na Specyfikację Warunków Zamówienia (SWZ), co jednocześnie nie zostało zdefiniowane w słowniczku ustawy, będzie w prowadzało w błąd uczestników rynku zamówień publicznych.

4. Art. 71. W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie oraz oświadczenia o

niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub konkursie są składane w formie dokumentowej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zapis, że oferty, wnioski, oświadczenia składane są w formie dokumentowej, nie jest znany szerszemu gronu uczestników rynku zamówień publicznych i może budzić wątpliwości, w jakiej formie dokumenty należy składać (jest to nowe pojęcie, które nie funkcjonowało w ustawie)

5. Art. 150. 1. SWZ zawiera, co najmniej:

„4) datę przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;”

Powyższego, analogicznego zapisu nie ma w obecnej ustawie. Dodanie takiego zapisu w projektowanej ustawie jest niezasadne, ponieważ szczegółowe warunki zamówienia (dokumenty zamówienia) przygotowuje się przed przekazaniem ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ponadto ogłoszenie o zamówieniu (analogicznie jak obecnie) musi być opublikowane na stronie internetowej i zawiera datę przekazania i publikacji.

6. Art. 153. 1. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

2. Niedopuszczalne są zmiany treści SWZ wpływające na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, w szczególności modyfikacje istotnie zmieniające charakter lub zakres zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonymi

Zapis w brzmieniu „Niedopuszczalne są zmiany treści SWZ wpływające na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia” powoduje, że zamawiający nie będzie mógł dokonać modyfikacji dokumentów zamówienia, nawet na prośbę wykonawcy.

Przedmiotowy zapis uniemożliwia modyfikację np. warunków udziału w postępowaniu, w ten sposób, że umożliwia ubieganie się o zamówienie większemu gronu wykonawców.

7. Art. 257. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

„1) oferta lub jej część została złożona po terminie składania ofert;”

W obecnej ustawie ofertę, która została złożona po terminie, zwraca się dla wykonawcy i nie bierze ona udziału w postępowaniu, nie dokonuje się jej odrzucenia. Proponuje się pozostawić obecne przepisy w zakresie oferty złożonej po terminie.

## **Dział VI. Zamówienia klasyczne o wartości mniejszej, niż progi unijne**

8. Art. 425. 1. Tryb podstawowy to tryb udzielania zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

W projektowanej ustawie wprowadza się nazwę „tryb podstawowy” to zamówień udzielanych poniżej progów unijnych trybem. Od progów unijnych analogiczny tryb nazywa się przetargiem nieograniczonym. W obecnej ustawie w obu przypadkach jest to przetarg nieograniczony, przy czym poniżej progów unijnych postępowanie tym trybem zostało obłożone mniejszymi obowiązkami. Podobnie jest w projektowanej ustawie. W prowadzenie odrębnego nazewnictwa nie jest niczym uzasadnione.

9. Art. 415. W przypadku zamówień, o których mowa w art. 2 ust. 2 (o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 30 000 euro, nie mniejszej jedna k niż 50 000 złotych), zamawiający przed udzieleniem zamówienia, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu. Przepisy art. 411 ust. 3 (ogłoszenie o wyniku postępowania) i art. 412 stosuje się.

Wszystkie zamówienia od 50 000 złotych do progu stosowania ustawy, po zawarciu na nie umowy należy w Biuletynie Zamówień Publicznych (prowadzonym przez Urząd Zamówień Publicznych) opublikować informację o zawarciu takiej umowy. Obecnie nie ma takiego obowiązku. Będzie to powodować zwiększenie formalizmu postępowań, do których obecnie nie stosuje się ustawy oraz

zwiększenie obowiązków Zamawiających.

10. Art. 455. I. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego konkretną datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni, licząc od dnia upływu terminu składania ofert.

11. W przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni.

W projektowanej ustawie ogranicza się okres, o który można przedłużyć okres związania ofertą do 30 dni. W obecnej ustawie zamawiający może zwrócić się do wykonawców o przedłużenie okresu związania ofertą maksymalnie o 60 dni. .1

W przypadku postępowań złożonych, gdzie oferty wymagają szczególnej analizy niezbędne jest wystąpienie o przedłużenie okresu związania ofertą o 60 dni; 30 dni może okazać się zbyt krótkim terminem.

12. Art. 462. 1. Postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków zamawiającego oraz wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją.

13. Za postanowienia sprzeczne z Art. 462 ust. 1 uważa się w szczególności postanowienia przewidujące: „ 3) kary umowne rażąco wygórowane;”

Stwierdzenia, że zakazuje się postanowień umowy, np. ze względu na kary umowne rażąco wygórowane, jest stwierdzeniem nieklarownym, nieprecyzyjnym, które może być interpretowane odmiennie przez organy.

14. Art. 474. 1. Wykonawcy, o których mowa w art. 63 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność 'za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

15. Przepisu Art. 474 ust. 1 nie stosuje się do zamówienia, którego przedmiotem jest nabycie innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej, udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy, o których mowa w art. 63 ust. 1, ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami.

Odejście od solidarnej odpowiedzialności przy nabywaniu innowacyjnych produktów osłabia możliwości egzekwowania wykonania zamówienia publicznego przez Zamawiających.

16. Art. 475. 1. Zamawiający sporządza raport z realizacji zamówienia, w którym dokonuje oceny tej realizacji, w przypadku, gdy:

1) na realizację zamówienia wydatkowano kwotę wyższą, co najmniej o 5% od pierwotnej wartości ceny ofertowej;

Wprowadzenie progu 5% zmiany wartości umowy, po przekroczeniu, którego trzeba sporządzać raport z realizacji inwestycji, wydaje się zbyt niskim poziomem, w szczególności, że dopuszczona będzie możliwość zmiany wartości umowy o maks. 10% (na dostawy i usługi) oraz o maks. 15% (na roboty budowlane) bez szczególnych restrykcji.

17. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy Art. 481.

„2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie.

3. Zabezpieczenie można ustalić w wysokości przekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, nieprzekraczającej jednak 10% tej ceny, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub



wystąpieniem ryzyka niewykonania albo nienależytego wykonania zamówienia, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia.

Powyższe powoduje, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy będzie na poziomie do 5% (obecnie ustawa zezwala, bez żadnych warunków wymagać zabezpieczenia w wysokości do 10%). Ograniczenie to spowoduje mniejsze zabezpieczenie zamawiających przed niewykonaniem, wadliwym wykonaniem przedmiotu umowy.

18. Art. 257. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

„ 11) ·wykonawca złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 254 ust. 3, o niewyrażeniu zgody na poprawienie omyłki;”

W projektowanej ustawie doprecyzowano powyższy zapis, który jest obecnie jednoznaczny, jednakże pozostawiono niejednoznaczne kolejne punkty:

„12) ·wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 250 ust. 3, na przedłużenie terminu związania ofertą;

13) ·wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 271 ust. 2 i 3;”

Proponuje się analogicznie jak w pkt. 11) zmienić/uszczegółowić kolejne punkty.

Osoba do kontaktu: Marek Szorc, e-mail: m.szorc@um.elk.pl

tel: 871732 62 77, Główny specjalista ds. zamówień publicznych

## **UWAGI MIASTA RADOM**

1. Dot. Art. 2 ust. 2:

Proponowane wprowadzenie de facto nowego progu ustawowego (50.000 zł) nie przyniesie w naszej opinii zamierzonych efektów . Zwiększony zakres obowiązków dot. publikacji i sprawozdawczości nałoży na Zamawiających dodatkowe obowiązki (co może skutkować np. koniecznością zatrudniania kolejnych pracowników), natomiast fakt iż procedury dot. zamówień o wartości od 50 tys. zł do 30 tys. euro będą wyjęte spod większości ustawowych wymogów (poza publikacją i sprawozdawczością) , spowoduje, iż podmioty mające zamiar ograniczać konkurencyjność nie tylko dalej będą mogły to robić np. przez odpowiednie kształtowanie warunków udziału w postępowaniu, terminów składania ofert opis przedmiotu zamówienia itp., ale wręcz uzyskają do tego nowe narzędzie (obarczone ograniczającymi konkurencyjność zapisami postępowania, prowadzone będą w pełni zgodnie z przepisami ustawy Pzp w proponowanym brzmieniu, co powoduje, iż Zamawiającym trudniej niż obecnie będzie postawić zarzut np. niegospodarności środkami publicznymi itp.).

2. Dot. Art. 8 pkt 17:

Definicja zawarcia jako elementu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w miejsce obecnie przyjętej (zgodnie z wykładnią Prezesa UZP zawarcie umowy nie jest elementem postępowania , bo to kończy się wraz z uprawomocnieniem się rozstrzygnięcia/unieważnienia) może doprowadzić do sparaliżowania prawidłowo przygotowanego i przeprowadzonego postępowania w sytuacji gdy osoba uprawniona po stronie Zamawiającego do podpisania umowy, np. Kierownik Zamawiającego -nie uczestniczący w pracach komisji przetargowej i w żaden sposób wcześniej nie jest zaangażowana w procedurę- jest osobą podlegającą wyłączeniu z udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji nie będzie możliwe ani zawarcie umowy ani unieważnienie postępowania (osoba teoretycznie uprawniona do dokonania tego typu czynności, nie będzie miała prawa tego robić jako podlegająca wyłączeniu).

Dyskusyjne także, czy osoba taka będzie miała prawo udzielić pełnomocnictwa do dokonania omawianych wyżej czynności komuś innemu (udzielenie takiego pełnomocnictwa także czynnością w postępowaniu).

3. Dot. Art. 17 ust. 2:

Należy zwrócić uwagę, iż zapisy przedmiotowego ustępu, zgodnie z którymi:

„Z) Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, zamówienia.”

- cechują się zbyt dużym stopniem ogólności. Niejasny pozostaje sposób udowadniania w/w efektów . W praktyce zapis ten może powodować liczne sprzeczne interpretacje i spory .

4. Dot. Art. 21:

Proponowane zwiększenie roli Kodeksu Cywilnego kosztem Ustawy Pzp może być traktowane jako istotne osłabienie zasady szczególnej ochrony interesu publicznego i środków publicznych (przełożyć się to w praktyce może np. na o wiele słabszą pozycję Zamawiającego w umowach dot. zamówień publicznych).

5. Dot. Art. 92:

Wymóg analizy potrzeb zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, winien nie mieć obligatoryjnego charakteru - w przypadku postępowań wielu rodzajów wydaje się być dokumentem z jednej strony całkowicie zbędnym (np. kompleksowe usługi projektowe, znaczna część robót budowlanych, usług nadzorów inwestorskich itd.), z drugiej strony generującym koszty finansowe po stronie Zamawiających (konieczność powierzenia tworzenia tego typu opracowań w ramach zewnętrznych zleceń) bądź rozwój biurokracji (konieczność zatrudniania kolejnych urzędników których obowiązkiem będzie tworzenie tego typu dokumentów) . W każdym przypadku wejście w życie tego wymogu wydłuży znacznie procedurę postępowania . Dodatkowo Ustawodawca nie wskazuje jakiegokolwiek metodologii jakimi miałyby się rządzić tego typu analizy, co z jednej strony utrudnia weryfikację opracowań tworzonych nieprawidłowo, z drugiej może rodzić nieuzasadnione zarzuty instytucji kontrolujących dot. nawet prawidłowo sporządzonych dokumentów tego rodzaju.

6. Dot. Art. 97:

Zapisy art. 97 zawierają potencjalną sprzeczność, tzn. z jednej strony wskazują, że konieczne dla zachowania konkurencji jest by w sytuacji w której jakiś wykonawca uczestniczący w postępowaniu (lub podmiot z jego grupy kapitałowej) wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania, przekazać pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem tego wykonawcy, oraz wyznaczać odpowiedni termin na złożenie ofert. Zapisy te są problematyczne, ponieważ Zamawiający może o fakcie ubiegania się przez taki podmiot (szczególnie należący do grupy kapitałowej) dowiedzieć dopiero po otwarciu ofert gdy nie ma już w/w narzędzi.

7. Dot. Art. 102 ust. 3:

W projekcie ustawy wprowadzono regulację wskazującą na ograniczenia co do zakresu dopuszczalnych zmian treści ogłoszenia o zamówieniu (powyżej progów unijnych), zgodnie z którą niedopuszczalne są zmiany treści ogłoszenia wpływające na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, w szczególności modyfikacje istotnie zmieniające charakter lub zakres zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonymi. Zapis ten źle sformułowany, bo w praktyce może sprowadzić na Zamawiającego zarzut w przypadku jakiegokolwiek modyfikacji (np. wydłużenie terminu wykonania zamówienia na wniosek wykonawców może być traktowane jako niedopuszczalna zmiana

zwiększająca krąg zainteresowanych postępowaniem). Ewentualnym wyjściem z sytuacji byłoby wykreślenie części proponowanego tekstu, w tym wykreślenie odniesienia do zmienionego kręgu wykonawców (każda zmiana może to spowodować), oraz wykreślenie zwrotu „w szczególności” (i poprzez to uzyskanie zamkniętego katalogu w miejsce otwartego). Przepis po tych zmianach mógłby przybrać np. formę: „Niedopuszczalne są zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, które mogą wpływać na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, w szczególności w istotny sposób zmieniające charakter lub zakres zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym.”

8. Dot. Art. 279:

Przedmiotowy artykuł nakłada na Zamawiającego obowiązek organizacji spotkań z Wykonawcą (z utrwalaniem dźwięku i obrazu). Równocześnie Ustawodawca nie precyzuje jakim celem ma to spotkanie (w wielu przypadkach zbędne) służyć, ani nie odnosi do niego żadnych skutków prawnych. Tym samym niejasne pozostają konsekwencje dotyczące np. sytuacji w której wybrany Wykonawca nie przybędzie na wyznaczone spotkanie tego typu? Reasumując, zapis ten potencjalnie kosztotwórczy dla Zamawiających (konieczność zakupów sprzętu do utrwalania obrazu i dźwięku) oraz co ważniejsze wpływający na niepotrzebne przedłużenie procedury.

9. Art. 2 ust. 2:

Do udzielania zamówień publicznych o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równoważność kwoty 30 000 euro, nie mniejszej jednak niż 50 000 złotych, przez zamawiających publicznych, a niewyłączonych z obowiązku stosowania ustawy, na podstawie przepisów niniejszego działu, które ze względu na swój rodzaj lub charakter mogą być skierowane do szerokiego grona wykonawców, przepisy ustawy stosuje wyłącznie w zakresie zamieszczania ogłoszeń, o których mowa w art. 415, oraz w zakresie sprawozdań o udzielonych zamówieniach publicznych. - art. jest nieprecyzyjny, nie określa w jaki sposób mamy przeprowadzać zamówienie - czy Zamawiający ma stworzyć dodatkowy regulamin.

10. Art. 70.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub konkursie są sporządzane, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrywane kwalifikowanym podpisem elektronicznym albo kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną.

11. Art. 71.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub konkursie są składane w formie dokumentowej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej - tzn. czy jedynie w postępowaniach powyżej progu jest konieczność zastosowania podpisu elektronicznego, zaś w postępowaniach poniżej progu tej konieczności już nie ma?

12. Art. 78. 1.

Zamawiający zamieszcza informacje o prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia lub konkursach na profilu nabywcy - Zapis „Zamawiający zamieszcza informacje o prowadzonych postępowaniach” - w chwili obecnej BZP zamieszcza informacje dot. prowadzonych postępowań poprzez zamieszczenie SIWZ/ogłoszenia na stronie BIP, czy mamy przez to rozumieć, że jest to tożsame z profilem nabywcy?.

13. Art. 92

Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia sporządza analizę potrzeb i

wymagań - art. wygeneruje dodatkowe koszty, wydłuży procedurę postępowania oraz wpłynie na rozwój biurokracji. Ponadto przedmiotowe zapisy są zbyt ogólne, nie precyzują w jaki sposób należy przeprowadzić przedmiotową analizę

14. Art. 25 2. 2.

Najpóźniej przed otwarciem ofert zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - Zapis: „Najpóźniej przed otwarciem ofert” - tzn. kiedy - wraz z opublikowaniem SWZ i ogłoszenia (7 dni przed otwarciem), czy później, tzn. przed samym otwarciem (30 min).

15. Art. 279. 1.

Zamawiający, na wniosek wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, zgłoszony nie później niż w terminie 3 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, organizuje spotkanie zapraszając do jego udziału wybranego wykonawcę, o ile został wybrany, oraz wykonawców, których oferty nie zostały wybrane albo zostały odrzucone . („,„) 4. Spotkanie, o którym mowa w ust. 1, jest utrwalane za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo dźwięk i obraz - art. wygeneruje dodatkowe koszty. Ponadto jaki jest cel przedmiotowych spotkań, jeśli Wykonawca dostaje wszelkie potrzebne informacje w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

## **UWAGI MIASTA LEGNICA**

1. W celu uzyskania przejrzystości wprowadzanych przepisów - jedno z założeń nowelizacji - należy wyodrębnić z ustawy Pzp

1) przepisy dotyczące zamówień sektorowych

2) przepisy z dziedziny obronności

- przeprowadzanych przez ściśle dopuszczone - zobowiązane przepisami prawa podmioty - grupę podmiotów.

Aspekt prawny:

- tak jak w dyrektywach unijnych:

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. U rz. UE L 94 z 28.3.2014r., - z późn . zm.) tzw. „klasyczna” - publiczni, w tym powiaty i gminy, Zamawiający

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r. z późn. zm.) tzw. „zamówienia sektorowe”,

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014r.- z późn. zm.)

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa \_ (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., -z późn. zm.) tzw. „dyrektywa obronna”.

2. Aspekt praktyczny:

- z 227 artykułów obecnej ustawy - projekt zakłada aż 682 artykuły (np. ustaw prawo budowlane - 108 artykułów; kodeks postępowania administracyjnego - 269 artykułów).

3. Zamawiający - analizując swoje wieloletnie doświadczenie - udzielił zamówień w oparciu o

przepisy ustawy Pzp w progach „unijnych” i „krajowych” tylko na rzecz MPŚ -wszystkie oferty tylko Wykonawców będących MŚP, zatem nie widzi konieczności zobowiązania Zamawiających do upubliczniania - ogłaszania zamówień o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 30 000 euro (nie obejmowanych przez przepisy ustawy Pzp), nie mniejszej jednak niż 50 000 złotych - art. 2 ust 2 projektu - t j wprowadzania niepotrzebnie kolejnego „progu” .

4. Zamawiający negatywnie ocenia możliwość zastosowania kryteriów wyboru ofert jedynie w ramach dwóch kategorii:

- 1) ceny lub kosztu ;
- 2) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu - art. 239 ust I projektu. Są bowiem zamówienia przy których, nie można zastosować kryteriów jakościowych, a nie można tylko ceny np. termin płatności (czyli ani cena, ani koszt, ani kryterium jakościowe).

5. Zapis „Do upływu terminu składania ofert wykonawca może wycofać ofertę i złożyć nową lub zmienioną ofertę” - art. 249 projektu - w przypadku składania ofert w formie elektronicznej bezprzedmiotowy. Zamawiający posiada bowiem w systemie elektronicznym ofertę. Wykonawca wycofać lub zmienić może - i taki powinien być zapis- poprzez złożenie odrębnego oświadczenia woli o wycofaniu lub zmianie zaproponowanych warunków realizacji.

6. Zamawiający negatywnie ocenia możliwość złożenia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy - we wszystkich postępowaniach niezależnie od progu

- art. 542 projektu - co z dużym prawdopodobieństwem spowoduje niepotrzebne wydłużenie procedur , jeżeli np. wykluczenie, odrzucenie oferty, unieważnienie postępowania będzie „oczywiste” oraz ryzyko niewykonania zamówienia- zadania w danym roku budżetowym lub niewykonania zadań współfinansowanych np. ze środków UE lub dotacji, gdzie zawarte są zawite terminy realizacji projektu.

W obecnej ustawie Pzp - wg zapisów artykułu 180 ust. 2 odwołanie w postępowaniu w progu „krajowym” przysługuje tylko od określonych nie wszystkich czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty

przy których wprowadzeniu, uzasadniano te zapisy właśnie **uniemożliwieniem wydłużania procedur przez potencjalnych wykonawców.**

7. Zamawiający pozytywnie ocenia zapis pozwalający określić w dokumentach zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania cyt. „4. Zamawiający może określić w dokumentach zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania”-art. 18 ust 4 projektu.



## UWAGI MIASTA GLIWICE

Komentowany przepis	Uwagi
<p><b>Art. 8 pkt 18)</b> 18) profilu nabywcy – należy przez to rozumieć miejsce na stronie internetowej właściwej dla zamawiającego, w którym są lub mogą być udostępniane informacje związane z postępowaniami o udzielenie zamówienia i konkursami, w szczególności dane kontaktowe zamawiającego, dokumenty zamówienia i dokumenty dotyczące konkursu, wstępne ogłoszenia informacyjne, okresowe ogłoszenia informacyjne, informacje o planowanych zamówieniach publicznych i konkursach, informacje o aktualnie prowadzonych postępowaniach i udzielonych zamówieniach publicznych oraz rozstrzygniętych konkursach;</p>	<p><b>Uwaga w zakresie określenia „<u>miejsce na stronie internetowej właściwej dla zamawiającego</u>”</b> – w ustawie Pzp występują różne określenia tego samego (jak się wydaje) przedmiotu. Ustawa dodatkowo posługuje się następującymi pojęciami (zamiast jednym), które można utożsamiać również z „miejscem na stronie internetowej”:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- „strona internetowa prowadzonego postępowania”</li> <li>- „pod wskazanym przez zamawiającego adresem internetowym;” (art. 74)</li> <li>- „adresu internetowego” (art. 81)</li> <li>- „strona internetowa” (art. 413)</li> <li>- „adres internetowy, pod którym udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia dotyczące treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem” (art. 150)</li> <li>- „strony internetowej, na której prowadzone jest postępowanie” (art. 167)</li> <li>- „strony portali internetowego Urzędu” (art. 411)</li> </ul>
<p><b>Art. 18 ust. 3</b> “terminie składania ofert” <b>Art. 76</b> “przekazywaniu ofert”.</p>	<p>W projekcie brak jednolitej terminologii.</p>
<p><b>Art. 20 ust. 1</b> „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie, przez co należy rozumieć przy użyciu słów lub cyfr, które można odczytać i powielić, w tym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.”</p>	<p>Wydaje się, że w zakresie komentowanego artykułu nie mieści się np. dokumentacja projektowa, stanowiąca opis przedmiotu zamówienia, a składająca się m.in. z rysunków, map itp. które nie mieszczą się w pojęciu „słowo” ani „cyfra”.</p>
<p><b>Art. 35 ust. 2</b> „2. Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień.”</p>	<p>Niezwykle istotny z punktu widzenia szacowania wartości zamówienia przepis został skonstruowany w sposób nieprecyzyjny i budzący wątpliwości. Ustawa nigdzie nie definiuje pojęcia „wznowienie”, w związku z czym Zamawiający zostaje pozbawiony możliwości prawidłowego ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Postuluje się wykreślenie wyrażen „oraz wznowień” albo doprecyzowanie/stworzenie definicji tego pojęcia. Pozostawienie przepisu w takim brzmieniu będzie powodować wątpliwości interpretacyjne, które mogą mieć poważne konsekwencje dla Zamawiających. Należy również doprecyzować pojęcie „największy możliwy zakres zamówienia” Czy należy przez to rozumieć, że zakres zamówienia w każdej chwili może zostać zmieniony, a szacunek musi uwzględniać te zmiany?</p>

<p><b>Art. 39 ust. 1</b> „lub podlegającego wznowieniu w określonym czasie”</p>	<p>Uwaga jak wyżej. Brak precyzyjnego wskazania w ustawie, czym jest „wznowienie” oraz jaki okres Zamawiający powinien brać pod uwagę będzie skutkowało realnym zagrożeniem jeśli chodzi o prawidłowe szacowanie wartości zamówienia.</p>
<p><b>Art. 39 ust. 2</b> „z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego”</p>	<p>Ponownie nieprecyzyjny zapis odnoszący się do istotnej kwestii jaką jest szacowanie wartości zamówienia, końcowa wartość przedmiotu umowy znana jest po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeżeli w umowie przewidziano zmiany cen – wartość końcowa jest znana dopiero po zakończeniu umowy.</p>
<p><b>Art. 61 ust. 2 pkt 4)</b> Konflikt interesów występuje wówczas, gdy osoby wymienione w ust. 1: 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że ich bezstronność lub niezależność w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia <u>jest lub może być postrzegana</u> jako zagrożona z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania</p>	<p>Przepis wprowadzający możliwość postawienia zarzutu osobie odpowiedzialnej za przygotowanie lub prowadzenie postępowanie bezpodstawnie, w oparciu o pojęcie daleko subiektywne, bowiem sposób „postrzegania” może być zróżnicowany. Obecne brzmienie ustawy jest wystarczające, choć też zawiera nieostre pojęcie: Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić <u>uzasadnione</u> wątpliwości co do bezstronności tych osób.</p>
<p><b>Art. 62 ust. 4</b> “Zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.”</p>	<p>Przepis znajdujący się w obecnie obowiązującej ustawie odnosi się w tym zakresie do warunków udziału w postępowaniu. Postuluje się pozostawienie tego przepisu w niezmienionym brzmieniu. Wprowadzenie przepisu w projektowanym brzmieniu pozbawi Zamawiających możliwości formułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sumowania doświadczenia celem wykazania spełnienia warunku. Projektowana ustawa na ten temat milczy. Przepis ten zawiera w sobie również logiczną sprzeczność, z jednej strony mówi o “wykonawcach wspólnie ubiegających się”, czyli takich, którym jeszcze nie udzielono zamówienia, a z drugiej o “warunkach realizacji zamówienia”, czyli sytuacji, która się ziszczy po zawarciu umowy.</p> <p>Należy zwrócić również uwagę na fakt, że trudno mówić o równości stron postępowania, jeśli warunki realizacji zamówienia będą inne dla pojedynczych wykonawców, a inne dla konsorcjów .</p>
<p><b>Art. 70</b> W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w</p>	<p>W ustawie brak definicji „pieczęci elektronicznej”. Pojęcie to występuje tylko w art. 70, nie jest też uregulowane ustawą Kodeks cywilny.</p>

<p>postępowaniu lub w konkursie oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub konkursie są sporządzane, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrywane kwalifikowanym podpisem elektronicznym albo <u>kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną</u></p>	
<p><b>Art. 78 ust. 2 pkt 5)</b> Zamawiający zapewnia zainteresowanym nieograniczony dostęp do informacji o prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia lub konkursach, w zakresie: 5) treści dokumentacji postępowania lub konkursu, w tym ogłoszeń, protokołu, wyjaśnień i <u>sprostowań</u> specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, lub odpowiednio opis potrzeb i wymagań udostępnionych na stronie internetowej.</p>	<p>Pojęcie sprostowania SWZ występuje jedynie w art. 78, w pozostałej części ustawy mowa jest o modyfikacji. Proponuję zastąpić słowo „sprostowań” na „modyfikacji”.</p>
<p><b>Art. 89 pkt 4</b> Zamawiający dokumentuje wszystkie czynności oraz inne zdarzenia w postępowaniu w zakresie komunikacji z wykonawcami oraz innymi podmiotami, a także w związku z przechowywaniem protokołu, podając w porządku chronologicznym informacje dotyczące <b>4) <u>czasu trwania komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.</u></b></p>	<p>Jak Zamawiający ma określić czas trwania komunikacji elektronicznej? Przepis niezrozumiały</p>
<p><b>Art. 92</b> 1. Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia sporządza analizę potrzeb i wymagań. 2. Analiza, o której mowa w ust. 1, zawiera: 1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb <u>w</u></p>	<p>Pomijając literówkę w treści przepisu należy wskazać, że nie sprecyzowano, co należy rozumieć przez zasób własny. W przypadku jednostek samorządu terytorialnego ma to istotne znaczenie, gdyż za zasób własny można przyjąć zarówno pracowników samorządowych, miejskie jednostki organizacyjne (i ich pracowników) oraz spółki prawa handlowego, nad którymi jst ma kontrolę. Przepis ten jest niespójny z regulacjami dotyczącymi udzielania zamówienia właśnie zasobom własnym, czyli spółkom nad którymi Zamawiający ma kontrolę. Przepis</p>

<p><u>wykorzystaniem zasobów własnych;</u> 2) <u>rozeznanie rynku, w aspekcie....</u></p>	<p>kłóci się z treścią art. 231, który wprowadza rygory przy stosowania trybu tzw. in house ora art. 473 gdzie organ sprawujący nadzór nad zamawiającym może zakazać zawarcia umowy lub nakazać jej wypowiedzenie lub odstąpienie.</p> <p>Skoro założeniem art. 92 jest możliwość wykonania zamówienia zasobami własnymi, Zamawiający powinien mieć proste narzędzia do wykonania tego zamówienia zasobami własnymi. W takim brzmieniu przepisów, art. 92 jest bezcelowy.</p> <p>Jeśli chodzi o rozeznanie rynku, to nie określono metodologii tego rozeznania.</p>
<p><b>Art. 94 ust. 2</b> „zamawiający może w szczególności korzystać z doradztwa niezależnych ekspertów”</p>	<p>Trudno będzie ocenić Zamawiającemu, czy dany ekspert jest „niezależny”, zwłaszcza w przypadku przetargów specjalistycznych, gdzie pomoc takiego eksperta byłaby wskazana. Co do zasady, za doradztwo eksperci oczekują wynagrodzenia (nie jest to usługa bezpłatna) więc wybór takiego eksperta musiałby zostać poprzedzony oszacowaniem wartości zamówienia z tytułu wynagrodzenia takiego eksperta, a następnie dokonaniem wyboru na przykład w drodze postępowania przetargowego w przypadku dużych projektów.</p>
<p><b>Art. 97. ust. 2</b> „Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.”</p>	<p>Przesłanki wykluczenia wykonawcy powinny znajdować się w jednym miejscu / w ramach jednego artykułu.</p>
<p><b>Art. 99</b> 1. Zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie</p>	<p>W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazuje się na str. 26, że „projekt nowej ustawy nie zawiera zakresu treściowego formularzy ogłoszeń, ale odsyła do rozporządzenia Komisji (..), co nie jest zgodne z prawdą, bo chociażby w art. 19, 46, 74, 75, 96, 119, 156, 470 itd. znajdują się postanowienia wprost dotyczące treści ogłoszeń.</p>

zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.10)).	
<p><b>Art. 100</b> „1. Zamawiający udostępnia ogłoszenie również na stronie internetowej prowadzonego postępowania, od dnia jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.”</p> <p><b>Art. 100 ust. 3</b> “Udostępnienie ogłoszenia w miejscu, o którym mowa w ust. 1 i 2, nie może nastąpić przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.”</p>	<p>Wydaje się, że ogłoszenie powinno być udostępnione zwłaszcza na „profilu nabywcy” – czyli w miejscu, w którym znajdować się będzie kompletna dokumentacja przetargowa, chyba że przez „stronę internetową prowadzonego postępowania rozumie się „profil nabywcy” właśnie.</p> <p>W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że Zamawiający będzie udostępniał ogłoszenie, wskazując przykładowo jego link. Link do ogłoszenia jest dostępny dopiero po opublikowaniu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, więc taka wykładnia projektowanego przepisu z praktycznego punktu widzenia jest chybiona.</p>
<p><b>Art. 102 ust. 3</b> Niedopuszczalne są zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, <u>które mogą wpływać na krąg wykonawców</u> zainteresowanych udzieleniem zamówienia, w szczególności w istotny sposób zmieniające charakter lub zakres zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym.</p>	<p>Przepis ten w praktyce uniemożliwia dokonania modyfikacji ogłoszenia czy SWZ, bowiem każda zmiana może wpływać na krąg potencjalnych wykonawców. Często w procedurach modyfikacja jest dokonywana w wyniku wniesionych zapytań do SWZ, zgoda Zamawiającego na jakiegokolwiek zmiany może być uznana jako wpływająca na krąg wykonawców (np. jego zwiększenie). W takim brzmieniu przepisu Zamawiający zmuszony będzie unieważnić postępowanie i powtórzyć kolejną procedurę co nie wpłynie pozytywnie na rynek zamówień.</p>
<p><b>Art. 119</b> „Zamawiający akceptuje równoważne certyfikaty, dokumenty lub inne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli <u>w dostateczny sposób</u> potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.”</p>	<p>Niezrozumiałe jest w kontekście racjonalnego stanowienia prawa konstruowanie przepisów w sposób nieprecyzyjny. Akceptacja powinna odbywać się na zasadzie potwierdza / nie potwierdza, a nie przy użyciu metody gradacji stopnia akceptacji niedostateczny/dostateczny/potwierdzający w pełni itd.</p> <p>Sugeruje się zmianę brzmienia na „Zamawiający akceptuje równoważne certyfikaty, dokumenty lub inne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.” Wyeliminuje to ewentualne błędy podczas badania i oceny ofert, a także pewnego rodzaju uznaniowość.</p>
<p><b>Art. 121</b> 1. Jeżeli wykonawca nie złożył</p>	<p>Krytycznie należy ocenić brak możliwości wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków</p>



<p>przedmiotowych środków dowodowych lub złożone środki dowodowe są niekompletne, zamawiający, zapewniając zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, może wezwać do ich złożenia lub uzupełniania w wyznaczonym terminie, o ile przewidział tę możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.</p>	<p>dowodowych. Jeżeli Zamawiający nie przewidzi wezwania do złożenia lub uzupełnienia, ofertę odrzuca się bez dokonywania czynności. Powyższe spowoduje zwiększenie ilości odrzuconych ofert.</p>
<p><b>Art. 122 pkt 3)</b> „wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną <b><u>decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków</u></b>, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub <b><u>zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności</u></b>”</p>	<p>Wskazane jest doprecyzowanie tej przesłanki wykluczenia:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków – w przypadku postępowań egzekucyjnych w administracji funkcjonują tytuły wykonawcze, a nie decyzje administracyjne <u>o zaleganiu z uiszczeniem podatków</u>;</li> <li>2) zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności – wskazane jest doprecyzowanie, że płatności muszą być regulowane zgodnie z postanowieniami tego porozumienia; sam fakt zawarcia porozumienia nie gwarantuje, że wykonawca spełnia obowiązki wynikające z płatności np. podatków.</li> </ol>
<p><b>Art. 128</b> W odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi <b><u>wymagać udowodnienia</u></b>: 1) posiadania odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia w kraju pochodzenia wykonawcy określonych usług, lub 2) udowodnienia statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia w kraju pochodzenia wykonawcy określonych usług</p>	<p>Przepis odnosi się wyłącznie do usług, czy nie powinien zawierać również odniesienia do dostaw? Przykładowo dostawa energii elektrycznej może być realizowany wyłącznie przez podmiot posiadający koncesję na obrót. Wątpliwość budzi zapis „wymagać udowodnienia”, w takim brzmieniu Zamawiający nie może żądać konkretnego dokumentu (zezwolenia, koncesji)</p>
<p><b>Art. 135.</b> Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę <b><u>kluczowych zadań</u></b> dotyczących: “(…)</p>	<p>Niejednolita terminologia. Projekt nie wskazuje, czym są “kluczowe zadania” (podobnie w art. 65). Natomiast art. 150 pkt 16), który odwołuje się do tych przepisów mówi już o “kluczowych częściach zamówienia”.</p>
<p><b>Art. 139</b></p>	<p>Wskazane jest, by Wykonawca nie tylko potwierdził że</p>

<p>6. Wykonawca może wykorzystać jednolity dokument złożony w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli potwierdzi, że informacje w nim zawarte pozostają prawidłowe.</p>	<p>dane pozostają prawidłowe, ale też że są nadal aktualne.</p>
<p><b>Art. 153 ust. 2</b>  2. Niedopuszczalne są zmiany treści SWZ wpływające na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, w szczególności modyfikacje istotnie zmieniające charakter lub zakres zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonymi.</p>	<p>Powyższą projekt postanowienia zakazującego dokonywania modyfikacji SWZ należy ocenić jednoznacznie krytycznie. Utrzymanie tego przepisu spowoduje paraliż jeśli chodzi o udzielanie zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający nie będzie miał możliwości sprostowania ewentualnych błędów w dokumentacji postępowania. Precyzyjne ustalenia, czy dana zmiana miała wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia również nie zawsze jest łatwa do ustalenia. Konieczność wznawiania unieważniania postępowań z pewnością nie wpłynie korzystnie na rynek zamówień publicznych. Proponowana zmiana jest niezrozumiała również w kontekście samego uzasadnienia do projektu ustawy (str. 27) „Należy przy tym zauważyć, że w formularzu ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji (załącznik XI do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011) wyraźnie wskazuje się, że jeżeli „sprostowanie lub modyfikacja ogłoszeń prowadzi do znaczącej zmiany warunków konkurencji, konieczne jest przedłużenie początkowo przewidzianych terminów lub wszczęcie nowego postępowania”. Zatem dopuszczalne jest sprostowanie lub modyfikacja ogłoszeń (a co za tym idzie również SIW) i odpowiednie przedłużenie terminów – zamiast wszczynania nowego postępowania. Taka regulacja w połączeniu z brakiem określenia, co będzie uznawane za „istotnie zmieniające charakter zamówienia lub zakres zamówienia”. Nadmienić należy, że każda zmiana SWZ może potencjalnie wpłynąć na krąg zainteresowanych wykonawców. Należy uznać, że proponowany przepis stanowi wadliwą implementację dyrektywy klasycznej, ponieważ w jej motywie nr 81 odnosi się w dużej mierze do postępowań <u>dwustopniowych, gdzie wykonawcy zostali już wstępnie wyselekcjonowani. Zgodnie z art. 47 ust. 3 dyrektywy „Instytucje zamawiające przedłużają terminy składania ofert, tak aby wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli zapoznać się z wszystkimi informacjami niezbędnymi do sporządzenia ofert w następujących przypadkach: (...) b) gdy w dokumentach zamówienia wprowadzono istotne zmiany. Przedłużenie to będzie proporcjonalne do znaczenia takich informacji lub zmian. (...).</u></p>

<p><b>Art. 156 ust. 2</b> 2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia jednolitego dokumentu wraz z ofertą, jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania tego dokumentu wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.</p>	<p>Ustawa nie precyzuje, według stanu na jaki dzień oświadczenie powinno potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu/brak podstaw do wykluczenia. Dla przykładu, w art. 422 wprost wskazano, że oświadczenie ma być „aktualne na dzień składania oferty”.</p>
<p><b>art. 231 ust. 1:</b> pkt 11) lit. b), pkt 12) lit. b), pkt 13) lit. b)</p>	<p>Proponuję obniżenie poziomu działalności kontrolowanego podmiotu dotyczącej wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego z 90% do <b>80%</b>; propozycja wynika z ujednoczenia postanowień Pzp z zapisami dyrektywy 2014/24/UE; wyjaśnienia wymaga kwestia, czy kraje członkowskie Unii Europejskiej mogą ograniczać zamawiającym możliwość stosowania zamówień „in-house” poprzez wprowadzanie do krajowego ustawodawstwa regulacji nieustanowionych lub bardziej rygorystycznych niż przewidują dyrektywy dotyczące zamówień publicznych – w tym przypadku zwiększenia do 90% poziomu działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego podmiotowi kontrolowanemu</p>
<p><b>art. 231 ust. 5</b></p>	<p>po wyrazach „ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych” proponuję <b>dodać</b> wyrazy „<b>dokonanych na okres co najmniej 3 lat następujących po udzieleniu zamówienia</b>”</p>
<p><b>Art. 231 ust. 7.</b> “Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-13 nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.”</p>	<p>Zagadnienie głównego przedmiotu zamówienia w projekcie ustawy uregulowane jest w postanowieniach dotyczących zamówień mieszanych. Projekt w żadnym miejscu nie definiuje, co należy rozumieć przez część zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. De facto może to oznaczać trudność w ustaleniu, czy można w ogóle korzystać z podwykonawców.</p> <p>Niezrozumiały jest taki radykalizm. Należy wskazać, że już samo przewidzenie dla zamówień <i>in-house</i> konieczności przeprowadzenia zamówienia w trybie z wolnej ręki (czyli zgodnie z dyrektywą klasyczną - procedurą negocjacyjną bez uprzedniej publikacji) budzi wątpliwości. Zgodnie bowiem z dyrektywą “<b>Procedury przewidziane w niniejszej dyrektywie nie powinny mieć zastosowania</b> do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, <b>jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli</b>, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80 % swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto</p>

	jest beneficjentem wykonywanego zamówienia.”
<b>Art. 233</b>	Krytycznie należy ocenić obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu powyżej progów unijnych, w krajowym Biuletynie Zamówień Publicznych.
<b>art. 233 ust. 2</b>	Proponuję <b>zmianę</b> brzmienia z „Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-14 nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1” na „Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-14 nie wcześniej niż po upływie <b>5 dni</b> od dnia zamieszczenia ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1 w przypadku zamówień, <b>których wartość jest mniejsza niż progi unijne</b> i nie wcześniej niż po upływie <b>10 dni</b> od dnia zamieszczenia ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1 w przypadku zamówień, <b>których wartość jest równa albo przekracza progi unijne</b> ”; proponowane terminy 5 i 10 dni związane są z terminami na złożenie odwołania, przysługującymi od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej
<b>Art. 252 ust. 2 i 3</b> 2. Najpóźniej przed otwarciem ofert zamawiający udostępnia <b>na stronie internetowej prowadzonego postępowania</b> informację o kwocie, jaką zamierza <b>przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia</b> . 3. Bezpośrednio po otwarciu ofert zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o: (...)	Ponieważ profil nabywcy zdefiniowano jako „miejsce na stronie internetowej”, projektowany przepis wskazuje, że informacje wymagane ustawą będą zamieszczane w miejscu innym, niż profil nabywcy. Sugeruje się, by informacje związane z postępowaniem były zagregowane w jednym miejscu.
<b>Art. 286</b> “1. O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:1) <b>ubiegali się o udzielenie zamówienia</b> – w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,”	W jaki sposób Zamawiający np. w zakresie przetargu nieograniczonego ma ustalić krąg wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia ?
<b>Art. 412</b> “Zamawiający zamieszcza ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pomocą <b>formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego</b>	Art. 412 “Zamawiający zamieszcza ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pomocą <b>formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego Urzędu.</b> ”

<p><b>Urzędu.”</b></p> <p><b>Art. 416 ust. 1.</b> “Zamawiający zamieszcza ogłoszenia <b>zgodnie z wzorami formularzy ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych.</b>”</p>	
<b>Umowa</b>	
<p><b>Art. 462 ust 2 pkt 1)</b> 2. Za postanowienia sprzeczne z ust. 1 uważa się w szczególności postanowienia przewidujące: 1) naliczanie kar umownych za opóźnienie, jeżeli opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada;</p>	<p>Przepis dotyczy kar za opóźnienie. Opóźnienie ze swej istoty nie wiąże się z przyczynami zależnymi od podmiotu, który się go dopuszcza. „Opóźnienie” wyklucza dowodzenie winy. Zaproponowany przepis wskazuje na „zwłokę” – jeżeli jest taka wola ustawodawcy, to druga część zadania jest niepotrzebna. Z uwagi na swobodę umów sprawa wyboru sposobu określania kar umownych winna być pozostawiona po stronie Zamawiającego.</p>
<p><b>Art. 462 ust 2 pkt 3)</b> 2. Za postanowienia sprzeczne z ust. 1 uważa się w szczególności postanowienia przewidujące: 3) kary umowne rażąco wygórowane;</p>	<p>Pkt 3) posługuje się nieostrym pojęciem rażąco wygórowanych kar, nie określając ani zasad naliczania kar, ani ich granic. Zapis ma charakter wysoce ocenny – skutkujący uznaniowością nie tylko po stronie zamawiającego, ale i organów kontrolnych.</p>
<p><b>Art. 462 ust 2 pkt 4)</b> 2. Za postanowienia sprzeczne z ust. 1 uważa się w szczególności postanowienia przewidujące: 4) odpowiedzialność wykonawcy za wykonanie świadczeń, które nie były możliwe do przewidzenia przez wykonawcę działającego z należytą starannością</p>	<p>zapis niezrozumiały – zakres świadczenia jest zawarty w opisie przedmiotu zamówienia. Jakich przypadków ten zapis dotyczy?</p>
<p><b>Art. 465 pkt 1)</b> Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: 1) planowany termin rozpoczęcia i zakończenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy rozpoczęcia i wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określony w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną niezależną od zamawiającego</p>	<p>Możliwość interpretacyjna zapisu „obiektywna przyczyna niezależna od zamawiającego” – będzie ona rodziła konflikty podczas kontroli zamówień. Dodatkowo dwie przesłanki zamieszczone w tym warunku mogą się wykluczać: przesłanka niezależności od Zamawiającego może być podważana jako obiektywna przyczyna np. termin zakończenia programów unijnych w ramach których jest realizowane zamówienie jest wcześniej znany i konieczność wykonania robót do dnia X celem ich rozliczenia w wyznaczonym terminie może nie zostać uznana jako przyczyna obiektywna przez kontrole zamówień.</p>

<p><b>Art. 465 pkt 3)</b>  „Art. 465. Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:  (...) 3) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy:  a) wysokości kar umownych z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 468 ust. 1, (...)”  Artykuł ten jest powiązany z art. 468 ust. 1:  „1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów istotnych dla realizacji zamówienia.”</p>	<p>Zapis ten narzuca na zamawiających obowiązek kontrolny realizacji umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Zapis ten będzie powodować szereg niedogodności po stronie zamawiających, związanych z kwestią przedstawioną w komentarzu do art. 468 ust. 2  <b>Art. 468 ust. 6:</b>  Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.</p>
<p><b>Art. 456 pkt 3) lit b</b>  Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:  <b>3)</b> w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy  b) zasady wprowadzania <u>zmian wysokości ceny</u>, w przypadku zmiany:  – stawki podatku od towarów i usług,  – wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,  – zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,  – zasad gromadzenia i wysokości</p>	<p>Czy dotyczy wszystkich wcześniejszych przesłanek lit. b) ?  Kto decyduje, że zmiany będą (a nie mają) wpływ na koszty wykonania zamówienia (dlaczego użyte jest sformułowanie „koszty”, a nie „cena” której lit. b) dotyczy?)</p>



<p>wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2018 r. poz. 2215) – 201 – – jeżeli zmiany te będą miały <u>wpływ na koszty</u> wykonania zamówienia przez wykonawcę.</p>	
<p><b>Art. 466 ust. 2</b> 2. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 3 oraz w art. 493 ust. 5 i 8, <u>przedkładający</u> może poświadczyć za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo.</p>	<p>Zastosowanie słowa „przedkładający” jest mylące – winno raczej stosować się nomenklaturę „wykonawca, podwykonawca, dalszy podwykonawca”</p>
<p><b>Art. 468 ust. 2:</b> 2. W umowie określa się: 1) <b>poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów</b>, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: <u>a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego,</u> lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości</p>	<p>Przepis bardzo niekorzystny z punktu widzenia Zamawiającego, powodujący zagrożenie jego prawidłowego stosowania oraz konflikty z Wykonawcami. Przepis ten wprowadza obowiązki względem zamawiającego w zakresie obligatoryjnych postanowień umownych, jednakże zakres tych postanowień nie jest jasny. Zgodnie z przepisem, należy określić: poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany, początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia. Nie określono, jakimi założeniami należy się przy tym kierować. Takie zapisy będą narażać zamawiającego na zarzut w kwestii dyscypliny finansów publicznych i są wysoce ocenne, zarówno dla zamawiających, jaki dla organów kontrolnych.</p> <p>pkt 2 lit a) jakiego wskaźnika GUS – zmian cen nakładów inwestycyjnych czy produkcji materiałów budowlanych? Bardziej uzasadnione byłoby stosowanie opracowań branżowych typu Sekocenbud, Orgbud</p>

wynagrodzenia.”	
<b>Art. 471 ust 3</b> 3. Zaliczka nie może być mniejsza niż zabezpieczenie należytego wykonania umowy	Niezrozumiałe są przesłanki rygoru tego przepisu i narzucenie Zamawiającemu minimalnej kwoty zaliczki.
<b>Art. 473 ust 1 i 2</b> <u>1. Organ sprawujący nadzór nad zamawiającym</u> , w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na postawie przesłanek, o których mowa w art. 231 ust. 1 pkt 11-14, zakazuje zawarcia umowy na czas wyjaśnienia sprawy, nie dłużej jednak niż na 21 dni. 2. Jeżeli organ sprawujący nadzór stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie art. 231 ust. 1 pkt 11-14, zakazuje zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta, zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od umowy, <u>w wyznaczonym przez ten organ terminie.</u>	Należy doprecyzować o jaki organ chodzi UZP, RIO. Zgodnie z dyrektywą “ <b>Procedury przewidziane w niniejszej dyrektywie nie powinny mieć zastosowania</b> do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, <b>jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli</b> , jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80 % swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia.”  Niezrozumiałe jest wprowadzenie dodatkowego rygoru wstrzymania zawarcia umowy. Narzucenie terminu odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenie mogą być sprzeczne z treścią zawartej umowy.
<b>Raport z realizacji zamówienia</b>	
<b>Art. 475</b> Zamawiający sporządza raport z realizacji zamówienia...	Przepis wprowadza dodatkowe obciążenie Zamawiającego. Brak informacji, kto ma przechowywać raport z realizacji zamówienia – jeżeli już, to wydaje się, że powinien być archiwizowany razem z dokumentami postępowania. Przepis nie precyzuje w jakim celu ma być sporządzony raport i komu należy go przekazać. Dodatkowo w punkcie 1) nakłada na zamawiającego obowiązek sporządzenia raportu z realizacji zamówienia (oceniającego realizację zamówienia) w przypadku wydatkowania kwoty wyższej o co najmniej 5% od pierwotnej wartości ceny ofertowej. Nie wskazuje natomiast czy wzrost ten ma być następstwem realizacji zapisów umownych wymienionych w art. 465 ust 3) czy może wynikać np. z zastosowania prawa opcji. Czy w przypadku zastosowania np. prawa opcji, które spowoduje wzrost wartości ceny ofertowej o 5% raport powinien zostać sporządzony na koniec miesiąca, w którym nastąpiło prawo opcji, czy po zakończeniu całej umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza w art. 484 ust. 2 zmiany ceny umowy (roboty budowlane do 15%, usługi i dostawy do 10%) bez konieczności spełniania innych przesłanek ustawowych, to wskazany 5% zmiany ceny nie ma

	uzasadnienia, bo nie wynika z innych zapisów ustawy. Punkt 2) wskazanego artykułu nakłada na zamawiającego obowiązek sporządzenia w/w raportu również w sytuacji nałożenia na wykonawcę kary umownej w wysokości co najmniej 10 % wartości ceny. Jest to powielanie zapisów zawartych w protokole/protokołach odbioru prac.
<b>Art. 475 ust 3 pkt 3) i 4)</b> Raport zawiera 3) ocenę sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania; 4) wnioski co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień publicznych lub określenia przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych	Pkt 3) Zapis całkowicie nieprecyzyjny i ocenę sposobu wykonania zamówienia potwierdza protokół odbioru końcowego.  Pkt 4) na czym mają polegać te wnioski – na zwiększaniu/zmniejszaniu wartości szacunkowych zamówień?, na zmniejszaniu/zwiększaniu poziomu kar umownych? Przywołane sztucznie zasady wynikające z ustawy o finansach publicznych nie wskazują,, co w tych wnioskach ma się znaleźć
<b>Art. 475 ust 4</b> „4. Zamawiający sporządza raport w terminie miesiąca od dnia: 1) sporządzenia protokołu odbioru, w przypadku jej wykonania;”	Wydaje się, że proponowany przepis jest niekompletny, a na pewno nie jest spójny gramatycznie „w przypadku jej wykonania” podczas gdy mowa o protokole odbioru (nie wskazano też, czy chodzi o protokół końcowy, czy także o protokół częściowy).
<b>Art. 476 ust 2</b> W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio: 1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane, 2) udzielenie kolejnej zaliczki – w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty	Jak się ma wstrzymanie zapłaty z umownymi terminami płatności wynikającymi z ustawy o terminach w transakcjach handlowych? Przydałaby się regulacja, iż nie niesie to za sobą konieczności zapłaty odsetek, a tym samym braku naruszenia dyscypliny finansów publicznych.
<b>Art. 477</b> Zamawiający, niezwłocznie po wykonaniu umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wykonaniu umowy	Dodatkowe kolejne obciążenie zamawiającego zbędną procedurą. Dodatkowo ustawodawca nie wskazał, co rozumie przez pojęcie „wykonania umowy” – tylko zakończenie realizacji robót budowlanych, usług i dostaw, czy też zakończenie okresu gwarancji i rękojmi dla zamówienia publicznego (co przewidziane jest np. przy zabezpieczeniach należytego wykonania umowy)
<b>Art. 481 ust. 3:</b> „3. Zabezpieczenie można ustalić w wysokości przekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie, nieprzekraczającej jednak 10% tej ceny, jeżeli jest to uzasadnione	Projekt zakłada powszechne stosowanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 5%. Zmniejsza to ochronę prawidłowej realizacji umowy. Możliwe jest zastosowanie dotychczasowego wyższego progu – do 10%, jednakże musi to być uzasadnione przedmiotem zamówienia (charakter ocenny, możliwy do

<p>przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka niewykonania albo nienależytego wykonania zamówienia, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia.”</p>	<p>zakwestionowania przez organy kontrolne) lub wystąpieniem ryzyka niewykonania albo nienależytego wykonania zamówienia (Zamawiający nie zawsze jest w stanie przewidzieć takie ryzyko, bowiem niejednokrotnie niewykonanie czy nienależyte wykonanie umowy wiąże się z okolicznościami leżącymi po stronie wykonawców). W konsekwencji, celem uniknięcia ewentualnych zarzutów, zamawiający będą stosować próg do 5%, przez co nie każda umowa zostanie należycie zabezpieczona.</p>
<p><b>Art. 481 ust. 11:</b> „11. Przepis art. 480 stosuje się.”</p>	<p>Zapis niejasny, nie precyzuje, do czego należy zastosować art. 480 dotyczący zmiany formy zabezpieczenia</p>
<p><b>Art. 484</b> Zmiany umowy</p>	<p>Ponowne zastosowanie zapisu „zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowieniach umowy”; jakie zmiany dokonują „modyfikacji charakteru umowy”? Brak w ustawie zdefiniowane pojęcie „charakter umowy” ust. 1 pkt 3) lit. a) - co oznacza „zamiennosc i interoperatywnosc sprzetu, uslug lub instalacji” – brak w ustawie definicji. Zapis będzie źródłem konfliktów z wykonawcami i organami kontroli ust. 1 pkt 3) lit. b) – na czym miałyby polegać niedogodność zmiany – jak to oceniać – zapis całkowicie nieostry; czym różni się znaczne zwiększenie kosztów od zwiększenia kosztów dla Zamawiającego? – zapis nieostry</p>
<p><b>Art. 491 ust 1</b> Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy</p>	<p>Zgodnie z zapisem Wykonawca może powierzyć realizację zamówienia w części podwykonawcom – czyli nie może je podzlecić w całości. Tu jednoznacznie przydałby się zapis w tej kwestii</p>
<p><b>Art. 492 ust 6</b> Zamawiający w terminie określonym zgodnie z art. 466 ust. 1 pkt 2, zgłasza pisemnie sprzeciw do umowy podwykonawstwo ....</p>	<p>Brak instrumentów przysługujących stronom w sytuacji, gdy zamawiający złoży sprzeciw do zawartej umowy na podwykonawstwo. Zdarzają się sytuacje sporne pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, zarówno w kwestii zastrzeżeń do projektu jak i sprzeciwów do umów. Ustawa nie przewiduje w tym zakresie kar umownych. Czy zgłoszenie sprzeciwu do umowy zawartej na podwykonawstwo kończy prawo zamawiającego do żądania, by umowa spełniała wymogi ustawy ? Czy stronom przysługuje jedynie droga sądowa?</p>
<p><b>Art. 493 ust 1</b> Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca</p>	<p>Zgoda winna być wyrażana przez wykonawcę, podwykonawcę i dalszego podwykonawcę – w zależności jakiego stosunku umownego dotyczy (np. dalszy podwykonawca winien mieć zgodę zarówno wykonawcy jak i podwykonawcy)</p>

<p>jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.</p>	
<p><b>Art. 494 ust 4</b>  Zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w ust. 1.  Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag, nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji. W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy.</p>	<p>Należy doprecyzować, iż uwagi może zgłosić również podwykonawca w stosunku do dalszego podwykonawcy.  - roszczenia mogą dotyczyć kar, tak więc zgodnie z zapisami ustawy Zamawiający przygotowując płatność z tytułu solidarnej odpowiedzialności nie bierze pod uwagę np. kar umownych ?</p>

Oprac. Jolanta Górecka-Wróbel  
Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych UM Gliwice  
tel. 238-54-68, email za@um.gliwice.pl