

Uwagi Amerykańskiej Izby Handlowej w Polsce (dalej: „AmCham”) do wybranych założeń przedstawionych w „Koncepcji nowego Prawa Zamówień Publicznych” (dalej: „Koncepcja”)

W ocenie AmCham Koncepcja i przyjęte w niej założenia w znacznej mierze zasługują na poparcie. Niżej przedstawiamy uwagi do wybranych jej fragmentów, które uznajemy za szczególnie istotne. Z uwagi na obszerność dokumentu Koncepcji, nie wykluczamy, że w oparciu o dalsze konsultacje z firmami członkowskimi AmCham przedstawimy w przyszłości komentarze do innych założeń Koncepcji ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa Prawo zamówień publicznych dalej powoływana jest jako „ustawa PZP lub „PZP”).

Na wstępie pragniemy się podzielić uwagą ogólną, zgodnie z którą, procedury zakupowe w PZP naszym zdaniem nie powinny być obciążone nadmiernymi formalizmami, ponieważ generuje to duże koszty po stronie zarówno wykonawców jak i zamawiających (wykonawcy muszą przygotować się do złożenia ofert lub wniosków, zatrudnić osoby specjalizujące się w kwestiach formalnych, uzyskać wszystkie niezbędne oświadczenia i dokumenty), a następnie zamawiający muszą poświęcać czas i alokować zasoby na weryfikację oświadczeń i dokumentów, ich uzupełnianie oraz obronę swojego stanowiska przed Krajową Izbą Odwoławczą, sądami lub organami kontroli. Kluczowe powinno być właściwe przygotowanie postępowania, skupienie się na kwestiach merytorycznych oraz możliwie sprawne przeprowadzenie samej procedury (optymalnie opartej o elektroniczną komunikację pomiędzy stronami). Dostrzegamy, że Koncepcja generalnie zmierza właśnie w tym kierunku co przyjmujemy z zadowoleniem.

1. Cele szczegółowe nowej regulacji [II. ust. 2]

- 1.1. Wśród dziesięciu celów szczególnych nowego systemu warto uwzględnić „Usprawnienie udzielania zamówień publicznych, zarówno tych tzw. *europęjskich*, jak i *krajowych*, przez doprowadzenie do pełnej ich elektroniczacji”. Można oczywiście dyskutować, czy elektroniczacja zamówień jest osobnym celem, czy jedynie środkiem do uzyskania pozostałych celów. Wydaje się jednak, że doprowadzenie do pełnej elektroniczacji zasługuje na miano celu. Osiągnięcie tak określonego celu ułatwi w sposób zasadniczy realizację wszystkich celów pozostałych. Na podkreślenie zasługuje fakt, że pełna elektroniczacja zamówień nie tylko usprawni zbieranie i przetwarzanie danych o systemie zamówień publicznych, lecz przeprowadzona w sposób przemyślany – w znakomity sposób ułatwi, skróci i poprawi prowadzenie postępowań, a także skuteczność procesów przeprowadzania kontroli.
- 1.2. W tym kontekście zaniepokojenie wzbudza komunikat ze strony Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z którym, Urząd wspólnie z Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii opracowuje projekt regulacji prawnych, dzięki którym nastąpi przesunięcie w czasie elektroniczacji zamówień w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów UE. Projektowane zmiany zakładają przesunięcie obowiązku wprowadzenia w tych postępowaniach komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej do końca 2019 r., tj. do czasu pełnego wdrożenia modelu docelowego zakładającego istnienie centralnej Platformy e-Zamówień, z którą zintegrowane są Portale e-Uslug. Powód odsunięcia w czasie elektroniczacji w opisanym zakresie jest zrozumiały, jednakże budzi pewne obawy co do realnego terminu wprowadzenia pełnej elektroniczacji, obejmującej również zamówienia poniżej progów unijnych.

2. Wzmocnienie roli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych [II. ust. 3]

- 2.1. Wśród zadań Prezesa UZP wymienia się słusznie „budowanie powszechnie dostępnej bazy danych o zamówieniach”. Baza ta powinna, oprócz wymienionych w Koncepcji informacji pozwalać na dokonywanie oceny zamówień kierowanych do poszczególnych branż. Sytuacja w różnych branżach bywa znacząco różna, a informacja o tym może stanowić powód do podejmowania zróżnicowanych, ukierunkowanych działań interwencyjnych. Taka informacja może być szczególnie istotna przy ustalaniu potrzeby i kolejności publikowania dobrych praktyk, a także zakresu działań wspomagających i doradczych realizowanych przez punkty informacyjne oraz call center.
- 2.2. Program szkoleń dedykowany kontrolerom, o których jest mowa na stronie 21 i 22 Koncepcji, powinien obejmować również zagadnienia dotyczące umiejętnego korzystania z narzędzi elektronicznych. Bez tej wiedzy narzędzia te nie będą wykorzystywane, będą wykorzystywane niewłaściwie lub stopień ich wykorzystania nie pozwoli na uzyskanie oczekiwanych efektów.
- 2.3. Wsparcie zamawiających w organizacji postępowań, tworzenie bazy danych o zamówieniach, opracowywanie dobrych praktyk, standardowych dokumentów, organizacja szkoleń dla zamawiających i kontrolerów to zdecydowanie działania godne poparcia. Wydaje się jednak, że wsparcie dla wykonawców winno być nie mniej ważne i powinno znaleźć swoje wyraźne odzwierciedlenie w przepisach. Jest to szczególnie istotne biorąc pod uwagę cel szczególnie nowej regulacji – „większy dostęp do rynku dla MŚP”. Należy także uwzględnić fakt, że wprowadzenie elektronizacji zamówień publicznych wiązać się będzie z potrzebą szerokiej edukacji wykonawców, szczególnie tych najmniejszych, dla których złożenie oferty w postaci elektronicznej może stanowić kolejną - nową barierę przy podejmowaniu decyzji o ubieganiu się o zamówienie.

3. Aktualizacja rocznych planów postępowań i wydłużenie czasu publikacji dokumentów na stronie zamawiającego [IV. ust. 2 pkt 1 lit. b i c]

- 3.1. Postulat kwartalnej aktualizacji planów postępowań zasługuje na aprobatę, ponieważ pozwoli na lepsze przygotowanie się wykonawców do przyszłych zamówień.
- 3.2. Wydłużenie czasu udostępniania dokumentów dotyczących postępowania na stronie internetowej, np. do pół roku od zawarcia umowy/unieważnienia postępowania – również jest rozwiązaniem pożądanym, zwiększającym przejrzystość postępowań, zmniejszającym potrzebę zasięgania informacji bezpośrednio u zamawiającego i konieczności angażowania zasobów zamawiającego.

4. Zamieszczanie ogłoszeń w jednym miejscu [IV. ust. 2 pkt 1 lit. c]

- 4.1. Udostępnienie ogłoszeń w jednym miejscu niezależnie od ich wartości jest dobrym rozwiązaniem. Należy jednak przewidzieć możliwość stosowania rozbudowanego systemu filtrów. Dobrym, choć niedoskonałym przykładem może być tutaj metoda przeglądania ogłoszeń publikowanych w serwisie TED. Wydaje się, że dostęp do wybranych ogłoszeń powinien być jednolity - niezależny od wartości zamówienia. Realizacja obowiązku publikacji ogłoszenia o wartości równej lub wyższej, niż progi europejskie powinna być dokonywana „w tle” przez usługę e-sender i nie powinna wymagać dodatkowych czynności po stronie zamawiającego, poza zaznaczeniem odpowiedniej opcji w formularzu ogłoszenia. Warto rozważyć takie rozwiązanie, w wyniku którego to opublikowanie zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: „BZP”) wyznaczałoby termin wszczęcia postępowania – niezależnie od wartości zamówienia. W takim przypadku (ze względu na art. 52 dyrektywy klasycznej) konieczne są rozwiązania informatyczne zapewniające publikację ogłoszeń „europejskich” w BZP niezwłocznie po ich opublikowaniu w Dz.U.U.E. (TED).

5. Zamieszczanie ogłoszeń w jednym miejscu (kwestie techniczne) [IV. ust. 2 pkt 1 lit. c tiret pierwsze]

- 5.1. Obowiązek, aby w BZP zamieszczać link (ścieżkę dostępu) bezpośrednio do strony, na której została zamieszczona lub będzie zamieszczana dokumentacja postępowania jest słuszny. Taki obowiązek istnieje jednak już obecnie – wskazuje na to treść art. 41 pkt 3. Faktem jest, że nie jest on w większości przypadków respektowany. Przyczyną nierespektowania tego wymagania są pewne utrudnienia techniczne, ale w przeważającej liczbie przypadków zwykłe wygodnictwo. Potrzeba określania docelowej ścieżki dostępu powinna znaleźć także swoje odzwierciedlenie w odpowiednich dobrych praktykach oraz w wytycznych dla organów przeprowadzających kontrole. Wskazanie bowiem ścieżki do strony głównej, zamiast do strony zawierającej dokumentację postępowania, można i należy traktować jako utrudnianie dostępu do informacji o prowadzonym postępowaniu.
- 5.2. Część profili zamawiającego (wprawdzie niewielka) skonstruowana jest w taki sposób, że określenie ścieżki docelowej jest bardzo trudne. W takich przypadkach może okazać się konieczne wprowadzenie odpowiednich zmian w serwisie. Wymaga to czasu, który winien być uwzględniony przy ustalaniu *vacatio legis*.

6. Analiza poprzedzająca wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego [IV. ust. 2 pkt 2 lit. a]

- 6.1. Na wstępie do uwagi dotyczącej zagadnienia analizy poprzedzającej wszczęcie postępowania, należy podkreślić, że udzielenie jakiegokolwiek zamówienia bez przeprowadzenia analizy obejmującej ocenę jego celowości, określenia potrzeb, które mają być zaspokojone, oceny ryzyk, oceny spodziewanych kosztów jest działaniem dalece nieodpowiedzialnym, stawiającym pod znakiem zapytania właściwą interpretację przepisów o finansach publicznych. Pracochłonność z tym związana w wielu przypadkach jest znikoma, jednak w niektórych zamówieniach wymagać będzie, często skomplikowanych analiz. Jak pokazuje doświadczenie pominięcie takich analiz może mieć katastrofalne skutki dla realizowanego projektu.
- 6.2. Obowiązek przeprowadzenia analizy powinien być niezależny od wartości zamówienia. Analiza powinna być dołączana do protokołu postępowania, jako element pozwalający na ocenę prawidłowości przeprowadzenia postępowania. Bezwzględnie celowe jest zróżnicowanie stopnia szczegółowości analizy ze względu nie tyle na wartość zamówienia, co złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia. Odpowiednio określona obowiązkowa zawartość analizy pozwoli m.in. na wyeliminowanie takich sprzeczności, jak przyznawanie dodatkowy punktów za udzielenie gwarancji na okres przekraczający (często znacznie) czas użytkowania przedmiotu zamówienia. Minimalna zawartość analizy powinna być określona w postaci wzorcowych dokumentów. Można też rozważyć wprowadzenie odpowiedniego przepisu wykonawczego określającego taki wzór.
- 6.3. Nie wydaje się słusznym wprowadzanie progu, poniżej którego analiza jest nieobowiązkowa. To specyfika postępowania, a nie jego wartość decyduje bowiem o szczególnej potrzebie takiej analizy. Warto również zwrócić uwagę na fakt, że zamówienia o wartości od najniższego progu ustawowego do progów unijnych stanowią wartościowo blisko 28% rynku i tym samym mają znaczący wpływ na ilość wydawanych środków publicznych. Proponowane progi 20 mln euro dla robót budowlanych oraz 10 mln euro dla dostaw i usług pozostawiają poza obowiązkiem znaczącą część rynku, co wydaje się niekorzystne.
- 6.4. Analiza powinna także obejmować określenie potrzeb, które mają być zaspokojone w wyniku realizacji zamówienia oraz przewidywany czas życia przedmiotu zamówienia. Określenie ryzyk powinno zawierać ich szacunkową wycenę oraz winno być dokonane w podziale na ryzyka

leżące po stronie zamawiającego i wykonawcy wraz z uzasadnieniem takiego właśnie podziału.

- 6.5. Postulat wprowadzenia obowiązku przeprowadzenia analizy może wydawać się sprzeczny z zamiarem odformalizowania postępowań. Bez wątpienia sporządzenia analizy będzie czynnością czasochłonną, która wydłuży czas postępowania. Tym niemniej obecnie wiele postępowań z pewnością nie jest poprzedzanych analizą co w niektórych przypadkach skutkuje niecelowym lub nieracjonalnym wydatkowaniem środków publicznych. Należy wskazać, że sama potrzeba przeprowadzenia analizy nie budzi wątpliwości. Dyskusyjny może być wyłącznie jej zakres i stopień sformalizowania.

7. Dialog z wykonawcami [IV. ust. 2 pkt 2 lit. b]

- 7.1. Obecnie funkcjonujący dialog techniczny z wykonawcami jest bardzo ważną, a prawie niewykorzystywaną możliwością lepszego poznania oferty rynkowej i w konsekwencji sporządzenia lepszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz istotnych postanowień umowy. Autorzy Koncepcji wyszli z propozycją zmiany dotychczasowego nazewnictwa. Za słuszne należy przyjąć zastąpienie dotychczasowego pojęcia „dialog techniczny”, pojęciem „konsultacje rynkowe”. Stanowi to wyraźny sygnał, że ustawodawca w tej kwestii wprowadził istotne zmiany, które są niezbędne dla ożywienia tej formy zdobywania informacji o rynku.
- 7.2. Aby konsultacje rynkowe zyskały na popularności i przynosiły oczekiwane rezultaty nowe uregulowania powinny:

- 1) Nie ograniczać zamawiającego w zakresie wyboru podmiotów biorących udział w konsultacjach.

Zarówno dotychczasowa ustawa (w art. 31a) jak i proponowane nowe rozwiązanie ograniczają grono podmiotów, do których może się zwrócić zamawiający o konsultacje (zaprosić do dialogu). Ustawa wymienia bowiem wyłącznie ekspertów, organa władzy publicznej i wykonawców. Otwarcie tego katalogu wydaje się konieczne, jak też zastąpienie pojęcia „wykonawcy” pojęciem „przedsiębiorcy”. Dotychczas zamawiający kierujący się literalnym brzmieniem przepisu, nie zapraszali do dialogu technicznego potencjalnych podwykonawców, ani np. producentów, którzy zgodnie ze stosowaną przez nich polityką rynkową nie składali ofert bezpośrednio – czyli w ustawowym rozumieniu nigdy nie byli wykonawcami.

- 2) Zapobiegać stosowaniu przez zamawiających praktyk polegających na ograniczeniu podmiotów mogących brać udział w konsultacjach.

W dotychczasowej praktyce zamawiający stosowali często kryteria kwalifikujące podmioty do udziału w dialogu technicznym wykluczając tych, którzy nie zrealizowali wcześniej określonej liczby podobnych zamówień lub nie osiągnęli określonego obrotu. Stawianie takich wymagań, niezależnie od tego, że budzą poważne wątpliwości co do wypełnienia obowiązku wynikającego z przepisu art. 31a ust. 2 PZP, skutkowało wyłączeniem z dialogu małych przedsiębiorców, którzy ubiegali się zamierzali wyłącznie o „niewielkie” podwykonawstwo oferując często specjalistyczne i innowacyjne rozwiązania.

- 3) Eliminować ryzyko wykluczenia wykonawcy z powodu udziału w przygotowaniu zamówienia.

Wykonawcy w wielu przypadkach obawiają się udziału w dialogu technicznym ze względu na istnienie przesłanki wykluczenia wykonawcy opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP. Nowe

uregulowania powinny bezwzględnie zlikwidować wątpliwości co do interpretacji tego przepisu.

- 7.3. Na koniec tego punktu uwaga ogólna, iż warto w nowej ustawie wskazać na konsultacje jako preferowane rozwiązanie we wszystkich zamówieniach, co do których zamawiający ma wątpliwości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Pozwoliłoby to na kompletne i prawidłowe przygotowanie dokumentacji przetargowej, a w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającej najnowsze rozwiązania techniczne, organizacyjne i ekonomiczne, innowacje, określenie optymalnych kryteriów oceny ofert.

8. Obniżenie progu warunkującego stosowanie ustawy [IV. ust. 5 pkt 1]

- 8.1. Biorąc pod uwagę znaczną wartość zamówień udzielanych bez stosowania ustawy na podstawie (art. 4 pkt 8 PZP) oraz systematyczny (od pięciu lat) wzrost tej wartości - obniżenie progu bagatelności np. do poziomu 14 tys. euro wydaje się w pełni uzasadnione. Istotne znaczenie ma tutaj także to, że obniżeniu progu towarzyszyć ma uproszczenie procedur udzielania zamówień, których wartość jest mniejsza od progów europejskich. Bez tego uproszczenia obniżenie progu bagatelności byłoby sprawą co najmniej dyskusyjną.
- 8.2. W szczególności należy wskazać, że obniżenie progu bagatelności ma prowadzić do ujednoczenia procedur i ma wpłynąć pozytywnie na kontrolę wydatkowania środków publicznych oraz na konkurencyjność, w tym dostęp do zamówień dla małych i średnich przedsiębiorców. Innymi słowy celem jest objęcie kontrolą dużego kawałka rynku publicznego, co do którego obecnie ustawa nie jest stosowana.
- 8.3. Zdaniem członków AmCham zaangażowanych w konsultacje koncepcji proponowana zmiana jest właściwa. Zmiana ta jest tym bardziej uzasadniona, że obniżeniu progu towarzyszyć ma uproszczenie procedur udzielania zamówień, których wartość jest mniejsza od progów europejskich. Jest to jeden z pomysłów na ograniczenie zjawiska dzielenia zakupów w celu uniknięcia przetargów, na co zwraca uwagę w jednym z najnowszych raportów Najwyższa Izba Kontroli („NIK”). Zbadła ona zakupy do 30 tys. euro w wybranych jednostkach sektora finansów publicznych. Jednym z podstawowych zarzutów było dzielenie zamówień na części, często pod pozorem wystąpienia tzw. zamówień nieprzewidywalnych. NIK wskazuje poza tym na znaczący wzrost liczby postępowań wyłączonych z przepisów o zamówieniach po podniesieniu progów. Należy zauważyć, że obniżenie progu bagatelności zamówień publicznych stanowi odwrócenie dotychczasowego trendu polegającego na stopniowym podnoszeniu progu, a trwającego od początku obowiązywania przepisów o zamówieniach (czyli od 1994 r.). Progi te rosły od 1 tys. euro, przez 3 tys., 6 tys., 14 tys., aż do obecnego poziomu 30 tys. euro. Zastosowanie obniżenia progu bagatelności zamówień publicznych może wpłynąć pozytywnie na kontrolę wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.
- 8.4. Warto również wskazać, że Zamawiający poniżej progu bagatelności udzielają zamówień w oparciu o własne regulaminy, których jest niemal tyle ile instytucji się nimi posługujących. To utrudnia wykonawcom ubieganie się o zamówienie. Co prawda warto wskazać, że w przypadku zamówień, których wartość jest niższa niż kwota 30 000 euro, zamawiający mają również obowiązek zachowania podstawowych zasad postępowania, takich jak zasada równego traktowania oraz konieczność zapewnienia konkurencji, poprzez zamieszczenie stosownych publikacji pozwalających na dotarcie do informacji o zamówieniu do odpowiedniej liczby podmiotów, które potencjalnie byłyby zainteresowane złożeniem oferty. Zasady te muszą znaleźć odzwierciedlenie w regulaminach udzielania zamówień, na podstawie których działają zamawiający. Jak pokazuje jednak praktyka, stosowanie się do w/w zasad wynikających z ustawy PZP jest bardzo często czysto teoretyczne. W praktyce dla zamówień nie przekraczających progu bagatelności obowiązuje pełna dowolność, a zamówienia udzielane są często na zasadach nie pozostających w żadnym związku z zasadą zachowania

konkurencji. Z tego względu, obniżenie progu bagatelności do 14 000 euro uważamy za zasadne.

9. Zamówienia in-house [IV. Ust. 5 pkt. 2 lit c]

- 9.1. Autorzy Koncepcji zapowiadają utrzymanie w tym samym kształcie przepisów regulujących zasady udzielania zamówień z wolnej ręki, wskazując przy tym potrzebę doprecyzowania przepisów dotyczących zamówień in-house, a więc obecnego art. 67 ust. 1 pkt 12-15 oraz ust. 11-13.
- 9.2. Skutki wprowadzenia nowych uregulowań (obowiązujących od 1 stycznia 2017 r.) nie są do końca znane. UZP w swoim raporcie za ubiegły rok przedstawił jedynie dane na podstawie BZP, czyli bez ogłoszeń publikowanych w TED. W tych zamówieniach dominowały usługi – 70%, a wśród usług głównym przedmiotem zamówienia był odbiór odpadów komunalnych oraz usługi z tym związane.
- 9.3. Interesujące i godne zarekomendowania wydaje się rozwiązanie wprowadzone w zakresie zamówień in-house na Litwie ograniczające swobodę zamawiającego na rzecz zapewnienia konkurencyjności. Przepisy litewskie wyłączają możliwość stosowania zamówień in-house przez administrację centralną oraz spółki skarbu państwa. Ponadto jednostki samorządu terytorialnego i spółki komunalne mogą udzielić zamówień in-house wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca posiada status zamawiającego, zamawiane świadczenie nie jest dostępne na rynku lub nie jest możliwe uzyskanie świadczenia na rynku zapewniającego wymaganą jakość, dostępność oraz ciągłość¹. Rekomendujemy rozważenie przez autorów nowej ustawy winni wdrożenia do polskiego prawa podobnych uregulowań, które mogłyby się okazać skuteczną ochroną rynku.

10. Partnerstwo innowacyjne [IV. ust. 5 pkt. 2 lit c]

- 10.1. Koncepcja zakłada, że w celu zachęcenia wykonawców - szczególnie z sektora MŚP - do udziału w postępowaniach, których przedmiotem jest nabycie innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej, nastąpi zniesienie zasady solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego za wykonanie umowy.
- 10.2. AmCham popiera to rozwiązanie. Stosowanie automatyzmu w kwestii solidarnej odpowiedzialności może być czynnikiem zniechęcającym do tworzenia konsorcjów i łączenia potencjału w ramach zamówienia publicznego. Pod rozwagę poddajemy szerszą rezygnację z automatycznego stosowania zasady solidarnej odpowiedzialności i pozostawienie tej kwestii decyzji samego zamawiającego, który będzie mógł w oparciu o własne analizy podjąć stosowną decyzję w ramach danego postępowania o zamówienie publiczne.

11. Negocjacje dotyczące oferty [IV. ust. 6 pkt 10]

- 11.1. W ocenie AmCham ciekawym i godnym poparcia pomysłem jest aby w przypadku zamówień o wartości niższej niż progi UE (w przypadku gdy zamawiający przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu) wprowadzić możliwość prowadzenia negocjacji, w których toku będzie możliwe doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia. Co prawda Koncepcja nie zawiera tu szczegółów, jednakże sama idea jest naszym zdaniem słuszna. Postępowania poniżej progów unijnych, jako mających mniejszą wartość, bardzo dobrze nadają się do wprowadzenia tego typu udogodnienia.

¹ Patrz dr W. Hartung referat w ramach konferencji „Prawo konkurencji i zamówienia publiczne – dwie strony tego samego medalu”, zatytułowany „Możliwe nadużywanie pozycji dominującej na rynku zamówień publicznych - zamówienia in-house”.

- 11.2. Procedury negocjacyjne ułatwiają bowiem bardziej elastyczne ukształtowanie przedmiotu zamówienia oraz negocjacje w ramach postępowania, co przekładać się może na większe dopasowanie przyszłej umowy do potrzeb zamawiającego i realiów rynku oraz w efekcie - sukcesu danego projektu.
- 11.3. Podobnie należy ocenić propozycję umożliwienia negocjowania oferty w celu ulepszenia jej treści. Autorzy Koncepcji zastrzegają, że nie może to prowadzić do zmiany minimalnych wymogów oraz kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Konieczne będzie zatem bardzo precyzyjne określenie „minimalnych wymogów”, gdyż w przeciwnym razie istnieje tu ryzyko naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców np. w sytuacji w którym przy postępowaniu na usługę serwisu urządzeń IT, w procesie negocjacji treści oferty zamawiający zgodziłby się na możliwość zastosowania używanych części zamiennych, co wcześniej wykluczał. Trudno też wyobrazić sobie negocjacje co do zmiany zaoferowanej ceny.

12. Kryteria oceny ofert [IV. ust. 7 pkt 1]

- 12.1. Brak jest twardych danych liczbowych pokazujących w ilu postępowaniach kryteria pozacenowe miały faktycznie znaczenie. Analizując jednak wybrane postępowania, można przypuszczać, że znaczenie tych kryteriów było w wielu przypadkach całkowicie pozorne. Z pozornością kryterium mamy do czynienia wówczas, gdy wszyscy wykonawcy uzyskują za nie tę samą liczbę punktów. Kryterium takie nie spełnia wówczas swojej roli, gdyż pozostaje bez wpływu na ranking ofert. w skrajnych przypadkach, jedynym znaczącym kryterium pozostaje cena. Można przypuszczać że zamawiający niechętnie korzystają z uprawnienia wynikającego z art. 91 ust. 2a PZP m.in. dla tego, że zastosowanie ceny jako jedynego kryterium wiąże się z obowiązkiem wykazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Wydaje się całkowicie nieuzasadnione wprowadzanie sztywnej, określonej przez ustawodawcę maksymalnej wagi kryterium ceny. Dlaczego 60%, a nie np. 80% albo 40%? Wprowadzenie takiej „wskazówki” skłania wielu zamawiających właśnie do stosowania kryteriów całkowicie pozornych lub nie pozostających w związku z przedmiotem zamówienia. Ustawodawca nie znając specyfiki wszystkich możliwych zamówień nie powinien narzucać zamawiającemu wagi jakiegokolwiek kryterium oceny ofert. Dążąc właśnie do uproszczenia regulacji warto rozważyć rezygnację z instruktarzowego charakteru przepisu, a z pewnością z narzucania maksymalnej wagi kryterium ceny. Funkcję instruktarsową powinny pełnić powszechnie dostępne wzorce i dobre praktyki. Wprowadzenie nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. normy, zgodnie z którą kryterium ceny (poza wyjątkami) nie może mieć wagi wyższej od 60% spowodowało oczywiście statystyczny wzrost wykorzystania pozacenowych kryteriów oceny ofert. Brak jest jednak liczbowych dowodów na to, czy temu wzrostowi towarzyszyło osiągnięcie celu, dla którego wprowadzono taką regulację.
- 12.2. Warto dodać uwagę ogólną, że innowacyjność produktów i usług powinna być szeroko promowana w ramach zamówień publicznych. Dążenie do rozwoju polskiej gospodarki powinno oznaczać także zakupy innowacyjnych produktów i usług. Instrumenty które służą mogą osiągnięciu tego celu to promowanie kryteriów innych niż cena (jednak nie fikcyjnych, lecz przekładających się na prawdziwą wartość dodaną dla zamawiającego), czy też motywowanie zamawiających do uzyskiwania best value for money.
- 12.3. Prezes UZP powinien być wyposażony w instrumenty prawne zapewniające możliwość promowania zachowań polegających na wyborze ofert innowacyjnych. Mogą to być chociażby ogólne i indywidualne interpretacje przepisów, tak aby zamawiający nie bali się kierować kryteriami iluzorycznymi, ale za to dobrze broniącymi się w razie kontroli. Organy stojące na straży przestrzegania przepisów o zamówieniach publicznych powinny promować zachowania służące zakupowi produktów dużo bardziej kompleksowych, np. systemów informatycznych stanowiących rozwiązania unikalne i innowacyjne. Można wspierać zamawiających chociażby przez wydawanie interpretacji przepisów promujących zachowania polegające na stosowaniu

kryteriów niestandardowych. W tym kontekście jako pozytywny krok w tym kierunku, uznajemy deklarację, że wprowadzone zostaną mechanizmy służące ujednoczeniu orzecznictwa dotyczącego zamówień publicznych m.in.: wprowadzenie do nowej ustawy Pzp przepisów przyznających możliwość podejmowania wiążących uchwał przez Zgromadzenie Ogólne członków KIO co do kierunków orzeczniczych. Podobnie, wiążące interpretacje wydawane przez Prezesa UZP miałyby pozytywny efekt dla poczucia stabilności prawa na rynku.

13. Uporządkowanie regulacji dotyczących terminu związania ofertą oraz kwestii wadium [IV. ust. 7 pkt 4]

- 13.1. Termin związania ofertą w ogłoszeniu *europejskim* może być określony jako konkretna data lub jako liczba miesięcy od terminu składania ofert. W ustawie krajowej, w art. 85 ust. 1 termin związania ofertą określony jest w dniach (30, 90, 60). To często skutkuje rozbieżnościami między ogłoszeniem, a SIWZ. W ogłoszeniu podawany jest często termin związania ofertą jako 3 miesiące, natomiast w SIWZ 90 dni. Warto rozważyć, by maksymalny termin związania ofertą określony był w miesiącach, a nie dniach (odpowiednio 1, 3 lub 2 miesiące).
- 13.2. W Koncepcji wskazano, że potrzebne jest doprecyzowanie kwestii zasad wnoszenia wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz zatrzymania wadium. Projektodawca wskazał, że proponuje się jednoznaczne wskazanie, że wadium wnosi się na okres tożsamy z terminem związania ofertą, ponadto przez cały okres związania ofertą winna być ona zabezpieczona wadium. Przedłużenie terminu związania ofertą jest zaś nieskuteczne bez wniesienia nowego wadium na przedłużony termin związania lub przedłużenia ważności wadium. Skutek w postaci odrzucenia oferty powinien zaś być jednakowy dla każdej z sytuacji – kiedy termin upływa samoczynnie, jak i na skutek braku odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.
- 13.3. W ocenie AmCham powyższe podejście przynajmniej w części budzi wątpliwości, jako rozwiązanie nadmiernie usztywnione na okoliczności danego postępowania. Konieczne wydaje się jednoznaczne wskazanie w nowej ustawie, czy zaniechanie przez wykonawcę samodzielnego przedłużenia ważności wadium (dotyczy to zwłaszcza formy innej niż pieniężna) – w sytuacji gdy zamawiający się o to nie zwracał – powinno skutkować odrzuceniem oferty.
- 13.4. W odróżnieniu od autorów Koncepcji, naszym zdaniem taka sankcja nie powinna zostać ustanowiona, ewentualnie powinno się przewidzieć wyjątki. Zgadzamy się, że brak wniesienia wadium wraz z ofertą, względnie zaniechanie jego przedłużenia na wezwanie zamawiającego – powinno skutkować odrzuceniem oferty. Inna jest jednak sytuacja, gdy przykładowo, wykonawca jest zaangażowany w spór w Krajowej Izbie Odwoławczej, walczy o uzyskanie zamówienia a jednocześnie zapomina o tym, że w międzyczasie skończyła się ważność gwarancji (zamawiający w tym scenariuszu nie wzywa wykonawcy do przedłużenia ważności wadium gdyż albo już raz to uczynił, albo również o tym zapomniał). Należy pamiętać jaki cel ma instytucja wadium, która służy zapewnieniu, że o udzielenie zamówienia nie będą się ubiegać podmioty nieprzygotowane, które nie przemyślały dokładnie sprawy. Dzięki wadium, taki podmiot który na końcu wycofa się z zawarcia umowy z zamawiającym poniesie „karę” w postaci utraty wadium. Trudno w tym kontekście sensownie uzasadnić eliminację oferty wykonawcy, którego czynności w toku postępowania bez wątpliwości wskazują, że chce uzyskać zamówienie, co więcej, nie uchyła się od zawarcia umowy a jedyną przyczyną odrzucenia oferty byłoby zaniechanie przedłużenia terminu ważności wadium. W takiej sytuacji ustawodawca powinien co najwyżej dopuścić odrębne wezwanie do uzupełnienia wadium (analogicznie do zasady z art. 46 ust. 3 ustawy PZP) i dopiero w kontekście odmowy wykonawcy albo braku odpowiedzi, odrzucić jego ofertę. Podobnie należy podejść do terminu związania ofertą. Sam fakt, że tzw. ciągłość ważności wadium lub terminu związania ofertą została przerwana [zaistniała luka czasowa gdzie oferta nie była zabezpieczona wadium względnie wykonawca nie był związany ofertą] a następnie, wykonawca potwierdził, że

przedłuża termin związania ofertą i wadium (ewentualnie wniósł nowe wadium) powinna być w sposób jasny dopuszczalna.

14. Zasady kształtowania wzorców umów w sprawie zamówienia publicznego oraz klauzule abuzywne [IV. Ust. 8 pkt. 1a]

- 14.1. W Koncepcji wskazano, że proponowane jest, aby tak jak obecnie do umów w sprawie zamówienia publicznego miały zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, a dla wzmocnienia powyższej zasady oraz wyeliminowania zjawisk negatywnych, proponowane jest wprowadzenie ogólnej zasady kształtowania wzorców umów w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z którą postanowienia umowy powinny kształtować prawa i obowiązki stron zgodnie z zasadą proporcjonalności.
- 14.2. Z zadowoleniem przyjmujemy te propozycje choć podkreślamy, że naszym zdaniem ingerencja ustawodawcy powinna być tu stanowcza, być może wprowadzająca regulacje wprost do ustawy PZP. Obecna praktyka jest taka, że brak równowagi stron umowy (na korzyść zamawiających) przybiera w ramach zamówień publicznych często rażące rozmiary, a zbyt wygórowane wymagania w zakresie zapisów wprowadzających restrykcyjne mechanizmy kar umownych, możliwości odstąpienia od umowy, rozszerzonej gwarancji, rękojmi, itp. przekładają się na podwyższone koszty realizacji zamówienia, a niekiedy powodują rezygnację ze startu w postępowaniu i tym samym oznaczają niższą konkurencję w ramach postępowań o zamówienie publiczne.

15. Zasady dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa [IV. ust. 10 pkt 2]

- 15.1. Wyodrębnienie do osobnej ustawy przepisów dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wydaje się być pomysłem słusznym. Wyodrębnienie takie jest uzasadnione specyfiką tych zamówień. Obecne rozwiązanie w ogromnym stopniu utrudnia stosowanie przepisów obowiązujących dla tych właśnie zamówień, a także obniża czytelność całej ustawy. Należy przy tym uwzględnić fakt, że zamawiający udzielający zamówień „obronnych” udzielają także zamówień klasycznych. Ważne jest zatem, by ustawa dotycząca zamówień „obronnych” stosowała nazewnictwo oraz układ jednostek redakcyjnych maksymalnie zbliżony do stosowanego w ustawie, której dotyczy Koncepcja. Najlepiej by było, by nowa „ustawa obronna” powstawała równoległe z „ustawą klasyczną”. Jakikolwiek przesunięcie w czasie wprowadzenia obu ustaw sprawi ogromne trudności dla zamawiających i wykonawców.

16. Rozszerzenie dostępu MŚP do rynku zamówień publicznych [IV. ust. 14]

- 16.1. Udział liczby zamówień ogłoszonych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, udzielonych przez polskich zamawiających w 2107 r. grupie MŚP, w ogólnej liczbie udzielonych zamówień wynosi ok. **52%**². Wskaźnik ten jest nieznacznie gorszy niż uzyskany łącznie przez wszystkie kraje UE – 55, 51% i znacznie lepszy, niż w Hiszpanii – 31,60%, Włoszech – 35,16%, czy

² Na podstawie danych udostępnionych przez iTexa® Sp. z o.o. w załączeniu.

Niemczech – 48,16%, ale znacznie gorszy niż np. w Szwecji - 71,69%. Dane³ pozwalają na wysnucie wniosku, że wskaźnik ten można poprawić. Poprawa wskaźnika może być osiągnięta przez znoszenie barier zniechęcających przedsiębiorstwa MŚP do ubiegania się o zamówienia publiczne.

- 16.2. Celem zniesienia barier powinno być jednak nie tylko powiększanie liczby zamówień uzyskiwanych przez MŚP, ale wyraźne podniesienie konkurencyjności poprzez zwiększony udział tej grupy przedsiębiorstw w ubieganiu się o zamówienia publiczne. Brak jest jakichkolwiek danych liczbowych, które pozwoliłyby ocenić w jaki sposób udział w rynku rozkłada się między przedsiębiorców średnich, małych i tych najmniejszych – mikroprzedsiębiorców. Można jedynie przypuszczać, że złożoność procedur odstrasza od ubiegania się o zamówienia publiczne głównie tych najmniejszych przedsiębiorców i dla tego warto czynić starania legislacyjne by tę sytuację zmienić.
- 16.3. Warto też zwrócić uwagę na pewien błąd w nazewnictwie stosowanym w *krajowych* ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia. Zamawiający wypełnia bowiem rubrykę pn. : „Wykonawca jest małym/średnim przedsiębiorcą”, podczas, gdy chodzi niewątpliwie o informację, czy wybrany wykonawca należy do sektora MŚP (czyli jest małym, średnim lub mikroprzedsiębiorcą). Takie określenie prowadzi do błędnej interpretacji wypełnianego pola – gdy wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą – odpowiedź będzie NIE. Tym samym zostanie on „wrzucony do wspólnego worka” z dużymi przedsiębiorstwami, co niewątpliwie nie było intencją regulatora. To stawia pod dużym znakiem wiarygodność informacji uzyskiwanych z *krajowych* ogłoszeń o udzieleniu zamówienia.
- 16.4. Wydaje się, że konieczne jest uwzględnienie treści art. 2 załącznika do zalecenia Komisji 2003/361/WE i wyraźne określenie, że „Na kategorię mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) składają się przedsiębiorstwa, które zatrudniają mniej niż 250 pracowników i których roczny obrót nie przekracza 50 milionów euro, a/lub całkowity bilans roczny nie przekracza 43 milionów euro”.

17. Możliwość zarezerwowania zamówień podprogowych dla MŚP [IV. ust. 14 pkt 1]

- 17.1. Trudno ustosunkować się jednoznacznie do rezerwowania zamówień podprogowych dla MŚP. Wśród inwestorów zagranicznych zrzeszonych w AmCham pojawiły się głosy wskazujące na niedopuszczalne dyskryminowanie przedsiębiorstw, które nie mieszczą się w definicji MŚP. Rzeczywiście, stosując pierwsze z zaproponowanych rozwiązań – „*możliwość wskazania przez zamawiającego, że w danym postępowaniu mogą uczestniczyć jedynie wykonawcy należący do grona MŚP*”, może teoretycznie dojść do sytuacji, w której określony zamawiający w ogóle nie dopuści do ubiegania się o zamówienie dużych przedsiębiorców. Takie preferencje dla MŚP mogą w rezultacie doprowadzić do obniżenia konkurencyjności zamiast ją podwyższyć. w innym skrajnym przypadku, określony zamawiający może (bez żadnych sankcji) nie skorzystać nigdy z możliwości, którą daje mu nowy przepis. Uwzględniając ten fakt, wydaje się, że rozwiązanie to należy przemyśleć.
- 17.2. Drugie z zaproponowanych rozwiązań – „*przyznanie określonej puli zamówień, np. 30%, dokonywanych u poszczególnych zamawiających na poziomie poniżej progów unijnych, tylko dla MŚP, co każdy zamawiający musiałby uwzględnić w swoim planie zamówień na dany rok*” może stanowić nadmierne usztywnienie. Trudno bowiem uzasadnić dlaczego zastrzeżona pula ma obejmować 30% a nie inną wartość. Racjonalnie dobrany udział zamówień kierowanych

³ Dane nie są w pełni kompletne. Niekompletność jest wynikiem tego, że nie wszystkie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (druk F03) zawierają informację, o tym, czy zamówienie zostało udzielone MŚP. W ogłoszeniach, publikowanych przez polskich zamawiających w 2017 r. informacja taka była podana w 16.265 ogłoszeniach, co stanowi 84% wszystkich ogłoszeń o udzieleniu zamówienia. Tym samym dane o udziale MŚP są przybliżone. Niemniej jednak ewentualny błąd jest nieznaczny i pozostaje bez większego wpływu na ocenę sytuacji.

- wyłącznie do MŚP w ogólnej liczbie zamówień może być zupełnie inny u różnych zamawiających, a nawet u tych samych zamawiających w różnych latach. Dodatkowo zróżnicowanie może wynikać ze specyfiki różnych branż.
- 17.3. W tej sytuacji warto rozważyć, by norma wprowadzająca „kontyngent” dla MŚP nie stanowiła bezwzględnego obowiązku. Niewywiązanie się z niego mogłoby być dopuszczalne, pod warunkiem odpowiedniego uzasadnienia w sprawozdaniu rocznym. Uzasadnienie w sprawozdaniu rocznym wydaje się dogodniejsze dla zamawiających, niż uzasadnianie w protokole każdego postępowania. Zamawiający musiałby zatem uzasadnić dla czego nie osiągnął określonego wskaźnika procentowego, a nie dla czego w danym postępowaniu nie wprowadził preferencji dla MŚP.
 - 17.4. Warto rozważyć, czy wymagany wskaźnik będzie obliczany dla postępowań, czy dla zadań (części) oraz to, czy wymaganie ubiegania się o zamówienie ma dotyczyć całego postępowania, czy też ma być formułowane osobno dla każdej części.
 - 17.5. Warto też pamiętać, że o zakwalifikowaniu przedsiębiorstwa do grupy mikro, małych, średnich decydują czynniki takie jak liczba osób zatrudnionych, roczny obrót, całkowity bilans roczny, które muszą być utrzymane przez określony czas. Wykazanie tego w postępowaniu może być kłopotliwe, również z punktu widzenia zamawiającego, który będzie musiał w tym zakresie bazować na oświadczeniach lub żądać dodatkowych dokumentów. Kwestia ta musi być jasno uregulowana nowej ustawie, tak aby wprowadzana zasada „preferencyjności” dla MŚP mogła zostać zastosowana w praktyce.

18. Rzecznik MŚP [IV. ust. 14 pkt 2]

Nadanie Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców proponowanych w Koncepcji uprawnień jest rozwiązaniem godnym poparcia.

19. Informacja zwrotna [IV. ust. 14 pkt 7]

Wprowadzenie tzw. informacji zwrotnej stanowi bez wątpienia ciekawą propozycję. Wdrożenie jej, szczególnie w wariantie pierwszym, może się jednak okazać bardzo trudne. Wykonawca w trakcie spotkania z zamawiającym (i innymi wykonawcami) może bowiem pozyskać nieznanne mu dotąd nowe informacje, które mogą stanowić podstawę do wniesienia odwołania. Zatem wykonawca, który w odwołaniu powoływać się będzie na tak uzyskane informacje winien być związany terminem do złożenia odwołania biegnącym dopiero od dnia spotkania, a nie od poinformowania o wyborze oferty najkorzystniejszej. Pokrywałoby się to wprawdzie z aktualnymi uregulowaniami (art. 182 ust. 3), tym niemniej dla uniknięcia ew. sporów w tym zakresie, warto rozważyć wyraźnie wskazane tego faktu w odpowiednim przepisie. Jeśli przyjęty będzie wariant pierwszy, wniosek o informację zwrotną powinien być złożony przez wykonawcę niezwłocznie po poinformowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, a zamawiający winien zorganizować spotkanie przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Wydaje się to bardzo trudne (o ile w ogóle możliwe) do zrealizowania, szczególnie w przypadku, gdy termin na wniesienie odwołania wynosi zaledwie 5 dni.

20. Propozycja integracji rejestrów [IV. ust. 14 pkt 8]

- 20.1. Jest to od dawna oczekiwana funkcjonalność, która ma ogromne znaczenie nie tylko dla ubiegających się o zamówienia publiczne i dla zamawiających, ale może także przyczynić się do podniesienia ogólnego bezpieczeństwa obrotu gospodarczego. Pomysł ten zasługuje na zdecydowane poparcie.

- 20.2. Warto przy tym podkreślić, że po osiągnięciu docelowej funkcjonalności to nie wykonawca powinien występować o odpowiednie dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia, ale powinien to czynić zamawiający mający do dyspozycji zintegrowane rejestry.

21. Certyfikacja wykonawców [IV. ust. 14 pkt 9]

- 21.1. Wprowadzenie certyfikacji wykonawców jest zdecydowaniem krokiem w dobrą stronę. Wprowadzając regulację w tym zakresie ustawodawca powinien jednak przewidzieć wszelkie możliwe sytuacje np. przypadek, gdy wykonawca nie posiada certyfikatu (bo o niego nie wystąpił, albo utracił), posiada certyfikat ale niepotwierdzający w pełni potencjału podmiotowego mimo, że w chwili składania oferty lub wniosku taki potencjał posiada itp. Powinna istnieć możliwość podważenia certyfikatu przez zastosowanie odpowiedniego środka odwoławczego, gdyż nie można wykluczyć sytuacji, w której certyfikat będzie nieaktualny, np. przez podanie przez certyfikowany podmiot nieprawdziwych danych.
- 21.2. Baza certyfikatów powinna być ogólnie dostępna, co pozwoliłoby na wczesne wykrywanie nieprawidłowości.
- 21.3. Bez wątpienia wprowadzenie uregulowań w tym zakresie jest poważnym wyzwaniem i wymaga ogromnej staranności przy formułowaniu konkretnych przepisów.

22. Zasada podziału zamówienia na części [IV. ust. 14 pkt 14]

- 22.1. Autorzy Koncepcji zaproponowali wprowadzenie przepisu, który wyraźnie (w części uregulowań dotyczących przygotowania postępowania) określi po stronie obowiązek uzasadnienia braku podziału zamówienia na części. Obecnie odpowiedni przepis znajduje się w części dotyczącej protokołu postępowania. Zmiana miejsca w ustawie ma na celu m.in. ułatwienie wykonawcom korzystanie ze środków ochrony prawnej w przypadku zaniechania przez zamawiającego dokonania podziału zamówienia na części.
- 22.2. Należy wskazać, że wyraźniejsze wprowadzenie obowiązku uzasadnienia braku podziału zamówienia na części jest rozwiązaniem pozytywnym. Rzeczywiście może to wpłynąć na poważniejsze traktowanie tego obowiązku przez zamawiających. Podział na części jest bez wątpienia korzystny dla sektora MŚP i mikroprzedsiębiorców. Niemniej jednak nie zmienia to faktu, że zgodnie z powszechnie przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) to zamawiający decyduje czy podzielić zamówienie na części czy też nie jako gospodarz postępowania. Zamawiający powinien zachować autonomię decyzji w tym zakresie.

23. Środki ochrony prawnej – odwołania w postępowaniach dla zamówień niższych niż progi unijne oraz w zakresie usług społecznych [IV. ust. 15 pkt 3 lit a tiret pierwszy]

- 23.1. Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych zakłada, że składanie odwołań w przypadku postępowań w przedmiocie zamówień publicznych o wartości niższej niż progi unijne będzie dopuszczalne w każdym przypadku. Dokument zakłada więc eliminację z obecnego art. 180 ust. 2 PZP zamkniętego katalogu sytuacji, w których wykonawca jest uprawniony do złożenia odwołania. Planowane rozwiązania bez wątpienia wpłyną na zwiększenie liczby odwołań. Środki ochrony prawnej obejmą wówczas znaczną część zamówień publicznych, równej i wyższej od progu bagatelności (obecnie 30 000 euro), do tej pory wyłączonej z możliwości zwrócenia się do Krajowej Izby Odwoławczej o interwencję.
- 23.2. Zdaniem AmCham należy ocenić zaproponowaną zmianę pozytywnie. Dzięki temu zwiększy się rzeczywista ochrona prawna wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych o wartości niższej od progów unijnych, co z kolei może przełożyć się na

- minimalizację błędów popełnianych przez zamawiających oraz poprawę konkurencyjności. W obecnym stanie prawnym ograniczenie z art. 180 ust. 2 PZP nie ma racjonalnego uzasadnienia. Trudno bowiem zrozumieć, przykładowo, dlaczego wykonawcy nie mogą się odwołać na bezprawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 23.3. Bez wątplenia możliwość zastosowania środków ochrony prawnej w pełnym zakresie będzie prowadzić do zwiększenia obowiązków zamawiających. Zamawiający znacznie częściej niż obecnie będą musieli się liczyć z tym, że na rozstrzygnięcie postępowania będzie miała decydujący wpływ Krajowa Izba Odwoławcza. Oznacza to też dodatkowe czas i koszty związane z obsługą odwołań np. konieczność wniesienia odpowiedzi na odwołanie, delegowanie pracowników do Warszawy na rozprawę, w niektórych przypadkach konieczność pozyskania profesjonalnej obsługi prawnej postępowań odwoławczych. Jednocześnie bez wątplenia wpłynie to mobilizująco na podmioty publiczne, które będą zmuszone przygotować postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z większą starannością niż obecnie.
- 23.4. Planowane zmiany z pewnością znacznie zwiększą liczbę odwołań składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne, tym bardziej, jeżeli próg bagatelności zostanie ustanowiony na poziomie 14 000 euro. Pełna procedura odwoławcza obejmie bowiem znaczną liczbę spraw, które w obecnie obowiązującym stanie prawnym w ogóle nie mogły być przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Objęcie kontrolą instancyjną większego fragmentu rynku należy ocenić pozytywnie.
- 23.5. Jednocześnie, w naszej ocenie, środki ochrony prawnej powinny również przysługiwać w postępowaniach na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Nie ma uzasadnienia, dla wykluczenia tych zamówień spod jakiegokolwiek kontroli KIO.

24. Środki ochrony prawnej (prekluzja dowodowa) [IV. ust. 15 pkt 3 lit. c tiret drugie]

- 24.1. Proponuje się, aby wnioski dowodowe były zgłaszane już w odwołaniu (przez wykonawcę) oraz w odpowiedzi na odwołanie (przez zamawiającego), pod rygorem ich pominięcia na późniejszym etapie postępowania odwoławczego. Późniejsze zgłoszenie wniosków byłoby możliwe, gdy strona uprawdopodobni, że ich niezgłoszenie we wskazanych pismach było niezawinione lub że uwzględnienie spóźnionych wniosków dowodowych nie spowoduje zwłoki w rozpoznawaniu sprawy, albo że występują inne wyjątkowe okoliczności.
- 24.2. Postulat ten budzi kontrowersje choć co do zasady AmCham uznaje go za idący w dobrym kierunku. Dzięki temu strony i skład orzekający nie będą zaskakiwane nowymi dowodami. Poprawić to powinno szybkość postępowań prowadzonych przez Krajową Izbę Odwoławczą.
- 24.3. Niemniej jednak zgromadzenie dowodów bywa czasochłonne i może okazać się niemożliwe, szczególnie gdy zamawiający udostępni informację stanowiącą podstawę odwołania w terminie takim, że liczba dni roboczych na jego przygotowanie jest mała. Dobór terminów przekazania wykonawcom istotnych informacji w sposób maksymalnie minimalizującym szanse na wniesienie odwołania nie należy niestety do rzadkości. Konieczność zgromadzenia wszystkich niezbędnych dowodów w często bardzo krótkim czasie może stanowić istotne ograniczenie w stosowaniu środków odwoławczych. Uwzględniając powyższe – wprowadzenie prekluzji dowodowej powinno być połączone z modyfikacją przepisów dotyczących terminów wnoszenia odwołań, np. przez wprowadzenie zasady, by termin ten obejmował określoną liczbę dni roboczych (z wyłączeniem sobót i dni ustawowo wolnych od pracy). Można również rozważyć wprowadzenie, zapisu wyraźnie dopuszczającego późniejsze zgłoszenie wniosku dowodowego w sytuacji, gdy liczba dni roboczych na złożenie odwołania była by mniejsza od liczby określonej osobno dla zamówień poniżej progów europejskich i dla zamówień pozostałych.
- 24.4. Należy wskazać, że przy utrzymaniu obecnych terminów na rozpoznanie odwołania (15 dni od wniesienia odwołania) uczynienie zadość zasadzie prekluzji dowodowej w taki sposób jak to

opisano w Koncepcji może być bardzo trudne. Postępowanie przed KIO wygląda zupełnie inaczej niż przed sądem. W szczególności nie ciągnie się miesiącami. O ile można prawdopodobnie dość szybko stwierdzić, czy wykonawca będzie chciał zgłosić dowód z opinii biegłego czy przesłuchania świadka, o tyle znacznie trudniej będzie w kwestii dokumentów i oświadczeń. Wykonawcy często do ostatniej chwili nie wiedzą czy uzyskają oświadczenie określonej treści np. od producenta sprzętu w zakresie zgodności z SIWZ, posiadania określonych funkcjonalności, a ponadto poszukiwanie dowodów w źródle powszechnie dostępnym (Internet) trwa często również w trakcie rozprawy. Kategorieczne pomijanie dowodów przez KIO jako spóźnionych może się okazać niepraktyczne biorąc pod uwagę szybkość postępowania odwoławczego i krótkie terminy na rozpoznanie sprawy. Stąd wprowadzenie tej zasady, musiałby łączyć się z wydłużeniem czasu na rozpoznanie odwołania.

- 24.5. Jednocześnie na rozważenie zasługuje naszym zdaniem wprowadzenie zasady, zgodnie, zgodnie z którą KIO będzie zobowiązywało strony oraz uczestników postępowania do przedstawienia wyczerpującego stanowiska na piśmie w określonym czasie przed terminem rozprawy. Przy jednoczesnym wprowadzeniu na wzór postępowań cywilnych nagrywania rozpraw i rezygnacji z tradycyjnego protokołu, mogłoby to radykalnie przyspieszyć przebieg rozpraw, które obecnie trwają wiele godzin nawet w mniej skomplikowanych sprawach.

25. Środki ochrony prawnej (wniosek o zabezpieczenie roszczenia w postępowaniu skargowym) [IV. ust. 15 pkt 5]

- 25.1. Autorzy Koncepcji podnoszą, że zasadne jest wyraźne wyłączenie możliwości składania przez wykonawców wniosków o zabezpieczenie roszczenia w postaci zakazu zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia skargi na orzeczenie KIO wyrokiem sądu okręgowego. To zamawiający – podjętą decyzją o zawarciu umowy lub nie – decydowałby bowiem czy przedmiotem roszczenia jest możliwość zawarcia umowy z zamawiającym, czy też przyznanie wykonawcy ryczałtowego odszkodowania.
- 25.2. Należy wskazać, że choć projektowane rozwiązanie dotyczące zryczałtowanego odszkodowania jest godne poparcia, to jednoczesne całkowite wyłączenie możliwości zabezpieczenia roszczenia w postaci zakazu zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia skargi należy ocenić negatywnie. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia (oraz jego wynik) jak również każde orzeczenie KIO należy oceniać odrębnie. Niezbyt często jednakże zdarzają się rozstrzygnięcia KIO w sposób rażąco naruszające prawo, ewidentnie błędne. Oczywiście jest to bardzo subiektywnie oceniane przez strony postępowania ale o tym powinien decydować sąd. Konkludując, strony powinny mieć możliwość wystąpić z wnioskiem o takie zabezpieczenie, nawet jeżeli realnie byłoby ono przyznawane przez sądy bardzo rzadko.

26. Wykorzystanie elektronizacji procesu udzielania zamówień publicznych dla usprawnienia kontroli [IV. ust. 16 pkt 5 lit. a]

Istotnym usprawnieniem procesu kontroli (choć nie tylko) byłoby wprowadzenie elektronicznych formularzy protokołów postępowania. Już w chwili obecnej wzory protokołów są znormalizowane przez wprowadzenie odpowiednich załączników do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128). Wystarczy ich adaptacja do postaci cyfrowej i oprogramowanie o odpowiednio dobranej funkcjonalności zapewniającej normalizację wprowadzanych danych oraz integrację formularza z modułem ogłoszeń. Takie rozwiązanie w połączeniu z częściowo znormalizowanymi listami kontrolnymi pozwoliłoby na znaczne zautomatyzowanie kontroli, a tym samym poprawiło ich jakość i w zasadniczy sposób skróciło proces przygotowania protokołu pokontrolnego. Znaczna część protokołu mogłaby być sporządzana przed

fizyczną obecnością kontrolera w kontrolowanej instytucji. Pełna automatyzacja nie jest oczywiście możliwa z uwagi na specyfikę kontroli przeprowadzanych przez poszczególne instytucje kontrolujące.

27. Wytyczne dotyczące prowadzenia kontroli [IV. ust. 16 pkt 5 lit. c]

Propozycja wprowadzenia list kontrolnych dla instytucji prowadzących kontrolę prowadzonych postępowań jest godna poparcia. Poprzeć także warto pomysł wprowadzenia obowiązku uzgadniania ich treści z Prezesem UZP. Warto rozważyć przy tym rozwiązanie dalej idące, w którym wzorcowe ramowe listy kontrolne udostępniane były by przez Prezesa UZP. Taka „unifikacja” list kontrolnych (oczywiście w pewnym zakresie) umożliwiłaby porównywalność wyników kontroli przeprowadzonych przez różne instytucje. Znormalizowane listy kontrolne mogą być porównywane i weryfikowane automatycznie, np. pod kątem kompletności i braku sprzeczności w wybranych przez kontrolera opcjach. Stworzony by został obszar do wprowadzenia w odpowiednim momencie częściowej automatyzacji procesu kontroli.

Godnym poparcia jest także pomysł pełnego dostępu zamawiających i wykonawców do stosowanych przez instytucje kontrolujące list kontrolnych.

28. Uwaga końcowa

Prawo zamówień publicznych jest tylko jednym z elementów szerszego systemu zamówień publicznych. W naszej ocenie bardzo ważne jest, aby za zmianą przepisów poszły także ujednoczenie praktyki organów interpretujących przepisy – w tym w szczególności Prezesa UZP i KIO. Pożądanym jest aby UZP oraz KIO dążyły do tego aby przedstawiać jednolite stanowisko w zakresie interpretacji przepisów PZP. W ten sposób, ograniczeniu powinno ulec też zjawisko podawania odmiennego rozumienia przepisów również przez inne organy państwowe i samorządowe.