

Stanowisko Amerykańskiej Izby Handlowej w Polsce w sprawie *Propozycji zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych* przedstawionych przez Urząd Zamówień Publicznych

W związku z przedstawionymi przez Urząd Zamówień Publicznych („UZP”) *Propozycjami zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych* („PZP”), Amerykańska Izba Handlowa w Polsce przedstawia niniejsze stanowisko.

Wiele z zaproponowanych przez UZP zmian pokrywa się z dotychczas przedstawianymi przez nas postulatami usprawnienia funkcjonowania praktyki zamówień publicznych w Polsce. Korzystnie dla środowiska biznesowego oceniamy przede wszystkim:

- możliwość żądania przez zamawiających dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie od wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą;
- odstąpienie przez zamawiającego od obowiązku żądania ww. dokumentów (poza dokumentami dot. niekaralności);
- prawo do uzupełniania dokumentów aktualnych na dzień uzupełnienia, złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 PZP;
- rezygnację z nakazania zamawiającemu zatrzymania wadium wykonawcom, którzy nie uzupełnili dokumentacji w trybie art. 26 ust. 3 PZP (poprzez wykreślenie przepisu art. 46 ust. 4a PZP);
- uelastycznienie trybów negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego, w szczególności poprzez umożliwienie w trybie negocjacji z ogłoszeniem prowadzenia negocjacji w zakresie wszystkich warunków realizacji zamówienia określonych w ofertach, w tym również ceny;
- przesądzenie o możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w zakresie uprawnień;
- dopuszczenie możliwości składania oferty i dokumentów wyłącznie w języku innym niż polski;
- ogłoszenie o planowanych zamówieniach poniżej „progów unijnych”;
- zwrot planów, próbek, wzorów, rysunków również wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jednocześnie zmiana ta powinna dopuścić możliwość zatrzymania przez zamawiającego na czas określony materiałów składanych w toku postępowania niezbędnych do odbioru przedmiotu zamówienia jako wzorce zgodności z umową, które zostały wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);
- wzmiankę o ograniczeniu stawiania wymogów formalnych w tzw. zamówieniach sektorowych poprzez odstąpienie od wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu od wykonawcy, który już raz wcześniej wykazał spełnianie takich wymagań. Przyjmowanie przez zamawiających sektorowych własnych systemów kwalifikacji przyczyniłoby się do uelastycznienia i przyspieszenia procedur. W przedstawionych *Propozycjach* PZP brakuje wprawdzie bliższego omówienia tego zagadnienia, jednakże rozumiemy, iż szczegółowe rozwiązania prawne w tym względzie będą przez UZP konsultowane w późniejszym terminie;
- możliwość podejmowania przez Krajową Izbę Odwoławczą uchwał dotyczących zagadnień budzących wątpliwości interpretacyjne.

Niestety niektóre z przedstawionych *Propozycji* mogą negatywnie wpłynąć na efektywność i jakość systemu zamówień publicznych w Polsce. Naszą obawę budzi w szczególności:

- wprowadzenie obowiązku wskazania w ofercie podwykonawców, z których pomocy wykonawca zamierza korzystać przy realizacji zamówienia, wraz z możliwością weryfikacji przez zamawiającego spełniania przez tych podwykonawców warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek taki stwarza ryzyko wymuszania na wykonawcy decyzji o zatrudnieniu ewentualnych podwykonawców już na etapie postępowania zamówieniowego, nawet gdy nie ma to wpływu na ocenę wykonawcy co do zdolności należytego wykonania zamówienia. Zmiana ta zmniejsza elastyczność wykonawców na

etapie realizacji przedmiotu zamówienia i może wprowadzać dodatkowe utrudnienia dla przedsiębiorców uczestniczących w przetargu;

- propozycja, zgodnie z którą to wykonawca będzie musiał udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Niepokojący w ramach propozycji zmian przepisów PZP o rażąco niskiej cenie jest również obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z takim żądaniem zawsze, gdy wynika to z proponowanego algorytmu rachunkowego porównania cen, a nie merytorycznej oceny przez zamawiającego możliwości należytego wykonania zamówienia. Zmiany te mogą spowodować nadużywanie przez zamawiających przepisów dotyczących odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- zmiana w zakresie sankcji za naruszenie przepisów PZP odnoszących się do zamawiających spoza sektora finansów publicznych, powodujące m.in. zwiększenie wysokości kar pieniężnych nawet do 10% wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z umowy. Zwiększenie wysokości kar pieniężnych może dotyczyć również przedsiębiorców będących zamawiającymi sektorowymi;
- uelastycznienie trybów negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego poprzez usunięcie z ustawy określenia minimalnego terminu składania ofert. Brak określenia minimalnego terminu składania ofert może prowadzić poprzez określanie przez Zamawiających zbyt krótkiego czasu na zapoznanie się z zapytaniem szerszego kręgu wykonawców, co może prowadzić do ograniczenia konkurencji;
- całkowite usunięcie możliwości zachowania pisemności postępowania. Elektronizację procesu udzielania zamówień publicznych oceniamy pozytywnie, jednak wyłączne zastosowanie formy elektronicznej może przejściowo prowadzić do ograniczenia możliwości udziału w przetargu potencjalnych wykonawców. Optymalnym rozwiązaniem będzie alternatywne zachowanie pisemności postępowania obok możliwości zastosowania instrumentów elektronicznych przy udzielaniu zamówień;
- preferencje europejskie. Uniemożliwienie składania ofert przez wykonawców z krajów spoza EOG, z którymi UE lub Polska nie mają zawartych umów o wzajemnym otwarciu rynków zamówień publicznych utrudni uczestnictwo w konsorcjach podmiotom, dla których polski rynek zamówień publicznych jest zamknięty. Takie rozwiązanie stwarza poważne ryzyko ograniczenia konkurencji.

Korzystając z okazji, iż po raz kolejny zabieramy głos w dyskusji zmierzającej do usprawnienia praktyki funkcjonowania zamówień publicznych w Polsce, chcielibyśmy przypomnieć niektóre wskazywane już przez nas postulaty, które nie zostały przedstawione w *Propozycjach* UZP, a których realizacja ma istotne znaczenie nie tylko dla usprawnienia obszaru zamówień publicznych, ale również dla usprawnienia polskiej gospodarki. Dotyczą one działań zarówno w sferze legislacyjnej, jak i skoncentrowanych na tworzeniu dobrych praktyk dla zamawiających. Przede wszystkim apelujemy o:

- uregulowanie posługiwania się zdolnością ekonomiczną innego wykonawcy. Brak tej regulacji utrudnia start w postępowaniach przetargowych poprzez np. spółki celowe firm dysponujących znaczącym doświadczeniem, które powołują te spółki do realizacji konkretnych projektów. Posługiwanie się zdolnością ekonomiczną zostało również wprost przewidziane w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych¹;
- wprowadzenie efektywnych mechanizmów zmierzających do uelastycznienia procedur, tak aby drobne błędy nie niweczyły wysiłków przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia i nie nakładły na nich wysokich, nieadekwatnych kar. W praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zdarzają się różnego rodzaju drobne błędy, będące często omyłkami pisarskimi, które z perspektywy uzyskania najkorzystniejszej oferty nie są istotne dla zamawiających i nie są zawinione przez wykonawców (przykładowo podanie błędnej stawki VAT na element ceny wynikający z niejednoznaczności przepisów podatkowych);
- obniżenie kosztów skargi do sądu okręgowego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Opłata od skargi może wynosić nawet 5 mln złotych. Wielu przedsiębiorcom tak wysoka kwota uniemożliwia kontrolę orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, a w konsekwencji eliminuje z rynku zamówień publicznych;

- dopuszczenie potwierdzeń spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu innych niż pisemne referencje od poprzednich zamawiających. Obecne wymagania generują znaczne koszty, podważają zasadę zaufania do wykonawcy oraz niejednokrotnie dyskwalifikują wykonawcę z rynku, na którym pisemne referencje nie są powszechną praktyką. Rekomendujemy dopuszczenie innych metod weryfikacji oświadczeń wykonawców przez zamawiającego (np.: zbieranie referencji i opinii od osób kontaktowych podanych przez wykonawcę bezpośrednio przez zamawiającego);
- wprowadzenie rozwiązań promujących zrównoważone rozłożenie ryzyk i zobowiązań w umowach zawieranych w trybie PZP. Umożliwi to swobodne, zgodne z dobrymi praktykami, kształtowanie odpowiedzialności i kosztów związanych z zarządzaniem ryzykiem oraz jednakowe traktowanie stron w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- wydłużenie terminów na zadawanie pytań do SIWZ i składanie ofert (zwłaszcza w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych);
- doprecyzowanie regulacji dotyczących tzw. czarnej listy wykonawców i możliwości wykluczenia z postępowania z powodu wypowiedzenia umowy przez zamawiającego;
- wprowadzenie rozwiązań dopuszczających szerszą niż dotychczas modyfikację SIWZ na etapie przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obecna sztywna konstrukcja SIWZ działa głównie na niekorzyść zamawiających, którzy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia niejednokrotnie nie mogą zmienić swoich wymagań (np.: na bardziej korzystne z punktu widzenia interesu publicznego). Ponadto przy sztywnej konstrukcji SIWZ w zasadzie niemożliwe jest negocjowanie umów, które stanowią jej część;
- eliminację tych wymagań referencji, które wiążą się z podaniem szczegółów dotyczących klientów oraz kontraktów. Ujawnienie danych klientów bez ich pisemnej autoryzacji jest często w praktyce niemożliwe, co z kolei prowadzi do niezaliczenia licznych projektów referencyjnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wartość kontraktu ma natomiast cechy informacji szczególnie wrażliwej, która nie może być wielokrotnie ujawniona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- eliminację wymagania podania na etapie kwalifikacyjnym nazwisk osób zaangażowanych w etap realizacji danych projektów. Wymóg ten jest trudny do spełnienia, gdyż często brak możliwości przypisania konkretnej osoby do projektu z uwagi na upływ czasu;
- wprowadzenie rozwiązań na rzecz zmiany dotychczasowej praktyki zamawiających w zakresie kryteriów oceny ofert i promujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryteria inne niż cena. Nadużywanie kryterium ceny w ocenie ofert, jak wielokrotnie podkreślaliśmy, ogranicza konkurencyjność gospodarki i godzi w interes przedsiębiorców, ponieważ eliminuje z rynku oferty, które przy wyższej cenie wykorzystują nowocześniejsze technologie, obejmują produkt dłuższym okresem gwarancyjnym, czy zapewniają pełną zgodność z harmonogramem prac. Stosowanie ceny jako głównego kryterium oceny oferty często również nadmiernie wydłuża procedurę przetargową, a w niektórych przypadkach powoduje konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania i poniesienia przez zamawiających dodatkowych kosztów.

Przedstawione przez UZP *Propozycje* są wartościowym materiałem do dalszej dyskusji nad usprawnieniem funkcjonowania rynku zamówień publicznych w Polsce. Nasze rekomendacje, zawarte powyżej, odzwierciedlają potrzeby całego biznesu, w tym również w olbrzymiej skali firm polskich i są istotne dla rozwoju polskiej gospodarki, dlatego też apelujemy o ich uwzględnienie w dalszych pracach nad zmianami PZP.

Jednocześnie chcielibyśmy przypomnieć, iż od długiego czasu prowadzimy inicjatywę zmierzającą do usprawnienia rynku zamówień publicznych w Polsce i aktywnie uczestniczymy w dyskusjach oraz działaniach w tym zakresie. Między innymi w listopadzie 2011 r. zostaliśmy zaproszeni przez UZP do konsultacji projektu opracowania dotyczącego stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Uczestniczyliśmy również w konsultacjach projektu ustawy o zmianie PZP mającym na celu

wprowadzenie mechanizmów służących uwzględnianiu przy wyborze oferty przedstawionej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryteriów innych niż cena oraz byliśmy obecni na posiedzeniach Komisji Nadzwyczajnej "Przyjazne Państwo", na których projekt ten był dyskutowany. Wreszcie opracowaliśmy obszerny katalog dobrych praktyk dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który zawiera opis problemów rynku zamówień publicznych, wraz ze wskazaniem ich konsekwencji oraz rekomendacjami odpowiednich rozwiązań. Katalog ten został przekazany licznym agendum, w tym Kancelarii Prezydenta oraz UZP. Wyrażamy zatem głęboką nadzieję, iż nasze dotychczasowe zaangażowanie będzie nadal zauważane i będą nam przedstawiane do zaopiniowania kolejne propozycje UZP.

Z przyjemnością podejmiemy się analizy kolejnych przygotowanych przez UZP dokumentów, tak aby rynek zamówień publicznych w Polsce czerpał z doświadczeń firm obecnych w innych państwach i gwarantował korzystanie z najbardziej efektywnych rozwiązań.

ⁱ Np. w art. 47 ust. 2 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (publ. Dz.U.U.E.L.2004.134.114).