



Warszawa, 25.02.2019 r.

Stanowisko Amerykańskiej Izby Handlowej do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 21 stycznia 2019 r. (dalej: „Projekt”)

AmCham co do zasady pozytywnie ocenia treść przedstawionego Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii Projektu, dzieląc potrzebę kompleksowej reformy systemu zamówień publicznych, jak i do kierunku rozwiązań przyjętych w projekcie. W szczególności za korzystne uważamy uporządkowanie i usystematyzowanie regulacji, a także wprowadzenie takich rozwiązań jak np. proporcjonalność postanowień umowy i katalog tzw. klauzul abuzywnych, wprowadzenie waloryzacji wynagrodzenia, a także usprawnienie mechanizmów ochrony praw stron postępowania zamówieniowego.

Poniższe uwagi odnoszą się konkretnych przepisów zaproponowanych w Projekcie i mają na celu jego usprawnienie, tak aby nowe Prawo zamówień publicznych - po jego wejściu w życie - było z powodzeniem stosowane w praktyce przez przedsiębiorców polskich i zagranicznych działających w Polsce.

- **Art. 8 pkt 3**

Aktualna treść zapisu brzmi: dokumentach zamówienia – należy przez to rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający się odwołuje, inne niż ogłoszenia, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia. Zapis ten daje możliwość odwołania się zamawiającego do dokumentów, które nie zostały udostępnione na etapie ogłoszenia, a są wymagane przez zamawiającego.

- **Art. 92 Projektu**

Sugerujemy wprowadzenie obligatoryjnego udostępniania publicznie analiz potrzeb zamawiającego. Zgodnie z przepisami art. 92 ust. 2 i 3 Projektu analiza ma określać możliwości zaspokojenia potrzeb zamawiającego własnymi środkami oraz przez zewnętrznych dostawców. Dokument ten będzie miał fundamentalne znaczenie dla procesu oceny prawidłowości sporządzenia SWZ i projektu umowy, a co za tym idzie społecznej kontroli nad pro-konkurencyjnością, adekwatnością i proporcjonalnością kryteriów oceny ofert zastosowanych przez zamawiającego. Kontrola taka może się zrealizować wyłącznie w sytuacji, w której dokument analiz potrzeb jest jawny. Wprowadzenie jawności analizy potrzeb zamawiającego przyczyni się również do wykluczenia zbędnych sporów przed KIO – wiele takich sporów sprowadza się do kwestionowania zastosowanych przez zamawiającego kryteriów pozacenowych lub wymagań przedmiotowych „w ciemno”, tj. w sytuacji, w której żaden wykonawca nie jest w stanie w sposób pewny odnieść kwestionowanych parametrów do realnych potrzeb zamawiającego, bo ich nie zna. Jawność i publikacja analizy pozwoli zatem zrozumieć i zaakceptować wykonawcom takie parametry SWZ, które w odmiennym przypadku mogłyby być uznane za ograniczające konkurencję wśród potencjalnych oferentów, atypowe, nieproporcjonalne lub skądinąd niedopuszczalne.

- **Art. 94 Projektu**

Proponujemy poszerzenie listy celów, dla których dopuszczalne jest wszczęcie wstępnych konsultacji rynkowych.

Regulacja wstępnych konsultacji rynkowych, jako następcą instytucji dialogu technicznego, jest niezwykle ważna dla praktyki zamówień publicznych. Regulacja ta umożliwi bezpieczną prawnie i transparentną komunikację zamawiającego z potencjalnymi wykonawcami. Poszerzenie listy celów, dla których dopuszczalne jest wszczęcie wstępnych konsultacji rynkowych, umożliwi szersze korzystanie z tej formuły. Wśród celów tych, najważniejszych z perspektywy zamawiających, powinny znaleźć się cele związane z pozyskiwaniem wiedzy od przemysłu, a także pomocą w identyfikacji własnego interesu zamawiającego. Jest to sytuacja zupełnie naturalna, związana z poziomem komplikacji i tempem rozwoju wielu branż opartych na nowoczesnych technologiach, w których działa wielu innowacyjnych przedsiębiorców zrzeszonych w AmCham. Bardzo często prawidłowa identyfikacja interesu zamawiającego oraz ułożenie pod ten interes adekwatnych, pro-

konkurencyjnych i proporcjonalnych reguł SWZ możliwe jest wyłącznie po poznaniu i analizie wieloźródłowych informacji ze strony potencjalnych wykonawców. Informacje takie dotyczyć mogą dostępności technologii, analizy stanu potrzeb zamawiającego, analizy kosztów adaptacyjnych, ale również kwestii formalnych, związanych z wyborem efektywnego trybu oraz sporządzeniem racjonalnych, adekwatnych i proporcjonalnych kryteriów pozacenowych w danym postępowaniu.

- **Art. 121 ust. 1**

W projektowanym przepisie brak obowiązku zamawiającego (jedynie możliwość) wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących, niekompletnych lub zawierających błędy przedmiotowych środków dowodowych. Rozwiązanie funkcjonujące na gruncie obowiązującej ustawy sprawdziło się, jako umożliwiający korektę formalnych braków w dokumentach, usprawniając przebieg postępowań.

Postulujemy o zastosowanie wobec przedmiotowych środków dowodowych zasady stosowanej do środków podmiotowych, tzn. o wprowadzenie w art. 121 ust. 1 (jak w art. 142 ust.1 dla podmiotowych środków dowodowych) obowiązku zamawiającego (zamiast możliwości) wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących, niekompletnych lub zawierających błędy przedmiotowych środków dowodowych.

- **Art. 123**

W art. 123 ust. 1 pkt 9 Projektu jest:

„9) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym publicznym, co doprowadziło od rozwiązania umowy, prawomocnego zasądzenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji;”

Proponujemy:

„9) który w wyniku zamierzonego działania lub niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym publicznym, co doprowadziło do rozwiązania umowy, prawomocnego zasądzenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji”

Wprowadzenie przesłanki umyślności lub niedbalstwa koreluje z brzmieniem art. 123 ust. 1 pkt 10 Projektu i w tym zakresie zapewnia wewnętrzną spójność regulacji, a ponadto znajduje uzasadnienie merytoryczne – ograniczając możliwość wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jedynie do kwalifikowanych naruszeń związanych z wcześniejszymi umowami. Takie rozwiązanie wydaje się być wystarczające z punktu widzenia zabezpieczenia interesów zamawiającego i prawidłowego wykorzystania środków publicznych, a przy tym rozsądne ograniczenie przesłanek wykluczenia wykonawców poprawia konkurencję zamówieniową, z korzyścią dla zamawiającego.

- **Art. 153 Projektu**

W art. 153 ust. 2 Projektu jest:

„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.”

Proponujemy:

„2. Niedopuszczalne są zmiany treści SWZ, które istotnie zmieniałyby charakter lub zakres zamówienia względem pierwotnie określonych warunków”

Wprowadzenie regulacji przewidującej niedopuszczalność jakichkolwiek zmian SWZ, które wpływałyby na krąg podmiotów zainteresowanych udzieleniem zamówienia, mogłoby powodować trudne do zaakceptowania skutki praktyczne, w szczególności mogłoby uniemożliwić faktycznie zamawiającym wprowadzanie jakichkolwiek zasadnych i racjonalnych zmian w ramach SWZ – nawet prawidłowa zmiana szczegółowego parametru technicznego lub nawet poprawa pomyłki w tekście SWZ potencjalnie może wpływać na krąg zainteresowanych podmiotów. W naszej opinii odniesienie przepisu do istotnej zmiany charakteru lub zakresu zamówienia jest optymalnym rozwiązaniem, a przy tym wydaje się w pełni realizować cel i zamiar motywu 81 dyrektywy klasycznej – którym jest w istocie zapobieganie następczemu wprowadzaniu fundamentalnych zmian w warunkach zamówienia.

- **Art. 239 Projektu**

W art. 239 ust. 2 Projektu jest:

„2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 66;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.”.

Proponujemy:

„2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) parametrów opartych na skuteczności lub wyniku zastosowania towaru lub usługi;
- 3) parametrów kosztów pośrednich zamawiającego, w tym nakładów na przeszkolenie personelu zamawiającego, kosztów zmiany technologii, kosztów adaptacji technologii do istniejących po stronie zamawiającego rozwiązań;
- 4) wybranych parametrów rachunku kosztów cyklu życia, o których mowa w art. 243 ust. 3
- 5) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 66;
- 6) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 7) aspektów innowacyjnych;
- 8) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 9) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków realizacji gwarancji;
- 10) terminu dostawy, terminu płatności, sposobu dostawy lub okresu realizacji – pod warunkiem, że analiza potrzeb zamawiającego, o której mowa w art. 92 ust. 1, wykazuje związek takich parametrów z interesem zamawiającego oraz dokumentuje, że dostępna oferta rynkowa wykazuje istotne różnicowanie ofert potencjalnych wykonawców w zakresie tych parametrów.”

Powszechnym problemem w zamówieniach publicznych jest unikanie realnego stosowania przez zamawiających kryteriów pozacenowych a przez to przeciwdziałanie celowi regulacji prawnej, wymagającej uwzględniania takich kryteriów w procesie zamówieniowym. Proponowana zmiana znacznie rozszerza przykładowy katalog kryteriów pozacenowych, a także utrudnia fikcyjne stosowanie kryteriów określonych w pkt 10 listy (terminy dostawy, terminy płatności). W przypadku wielu sektorów biznesowych, oferta rynkowa w zakresie terminów płatności i dostaw jest w zasadzie identyczna, ze względu na identyczne standardy dystrybucyjne zdecydowanej większości przedsiębiorców działających na rynku. Stosowanie przez zamawiających w takiej sytuacji kryteriów pozacenowych terminu dostawy lub płatności jest bezzasadne i stanowi obejście prawnego wymagania stosowania kryteriów pozacenowych, tzn. stanowi działanie sprzeczne z celem tych przepisów.

- **Art. 252 ust. 1**

Proponujemy zachowanie w Projekcie obowiązku publicznego otwarcia ofert – niezależnie od przeniesienia składanych elektronicznie ofert do systemów informatycznych, w ramach ofert nadal składane będą „fizyczne” dowody w postaci np. próbek służące ocenie w kryteriach jakości, a w przypadku braku obowiązku publicznego otwarcia ofert wykonawcy nie będą mogli zweryfikować złożenia takich środków (niepodlegających później uzupełnieniu).

- **Art. 252 ust. 3**

W projektowanym przepisie brak określenia terminu jaki ma zamawiający na udostępnienie informacji o złożonych ofertach. Praktyka pokazuje, że obowiązujące aktualnie w art. 86 ust. 5 ustawy PZP



określenie „niezwłocznie” część zamawiających traktuje z dużą dowolnością, umieszczając wymagane zestawienie na stronie internetowej nawet po 2 tygodniach po otwarciu ofert.

Proponujemy wprowadzenie terminu do przepisu: „Bezpośrednio po otwarciu ofert, lecz nie później niż w terminie 2 dni zamawiający udostępni na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o [...]”

- **Art. 432. ust. 2 oraz art. 443.**

5 dniowy termin składania ofert dla dostaw i usług (w przypadku o którym mowa w art. 427 ust. 2 oraz w przypadku wyznaczenie terminu na składanie ofert ostatecznych- art. 443) jest zbyt krótki dla wykonawców na zapoznanie się z opisem potrzeb i wymagań, złożenie w terminie wniosku o wyjaśnienie i przygotowanie ofert.

Praktycznie nie daje również szans Zamawiającym na udzielenie odpowiedzi w przewidzianym terminie 2 dni przed upływem terminu składania ofert, jeżeli przy wyznaczonym 5 dniowym terminie składania ofert Wykonawca zada pytanie najpóźniej w dopuszczonym terminie.

Apelujemy zatem o pozostawienie dla dostaw i usług minimalnego 7 dniowego terminu składania ofert także dla postępowań o których mowa w art. 427 ust. 2 oraz w przypadku wyznaczenie terminu na składanie ofert ostatecznych - art. 443.

- **Art. 462 Projektu**

- I. W art. 462 w ust. 2 Projektu proponujemy dodanie pkt 5-7 w brzmieniu:
 - „5) naliczanie kar umownych obliczanych na podstawie całości wartości zamówienia, podczas gdy zamówienia nie wykonano lub wykonano nienależycie jedynie w części;
 - 6) naliczanie kar umownych lub wyciągania innych negatywnych konsekwencji prawnych w związku z opóźnieniami w wykonaniu zamówienia wynikających z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.;
 - 7) obowiązki wykonawcy w zakresie ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, zbycia lub obciążenia praw własności intelektualnej, bądź też ujawnienia innych danych podlegających ochronie prawnej, w tym danych osobowych – w zakresie który nie jest związany lub przydatny do realizacji zamówienia”.Proponowane przepisy mają na celu lepszą ochronę wykonawców i wynikają z wieloletnich obserwacji niektórych wątpliwych prawnie praktyk zamawiających. W Postulowane klauzule opierają się na podobnych instytucjach prawnych wynikających z prawa ochrony konkurencji oraz orzecznictwie sądowym w sprawach cywilnych dotyczących kar umownych. Klauzule nie wpływają negatywnie na prawne gwarancje jakości realizacji zamówienia po stronie zamawiającego.
- II. Proponujemy wprowadzenie regulacji do ustawy obowiązku dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do publikowania klauzul uznanych za abuzywne oraz publikowania wyroków KIO, w której uznano określone klauzule umowne za abuzywne poprzez dodanie do art. 462 ust. 3 i 4 w brzmieniu:
 - „3. Prezes Urzędu jest obowiązany do publikowania w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu fragmentów wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, w których dane postanowienie umowy o zamówienie publiczne zostało uznane za naruszające zakaz przewidziany w ust.
 - 4. Prezes Urzędu jest obowiązany do prowadzenia publicznie dostępnego wykazu postanowień naruszających zakaz przewidziany w ust. 1.”.

Analogiczne rozwiązania z powodzeniem jest stosowane w zakresie ochrony konsumentów i będzie służyło zarówno zamawiającym jak i wykonawcom. Umożliwi konstruowanie lepszych ofert, tym samym znacząco skróci się czas postępowań przetargowych i więcej z nich będzie kończyć się pozytywnym wynikiem. Wpłynie to równocześnie na zmniejszenie kosztów prowadzonych postępowań.



- **Art. 486**

- I. Proponujemy usunięcie lit. a w art. 486 w ust. 1 w pkt 2 Projektu z uwagi na fakt, że wszelkie zmiany umowy wymagają zgody po stronie zamawiających przepis ten nie ma zastosowania.
- II. W art. 486 w ust. 3 Projektu jest:
„3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.”.
Proponujemy:
„3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy oraz uzasadnionych kosztów poniesionych przez wykonawcę”.

W toku realizacji zamówienia zamawiający może ponieść koszty, które nie doprowadziły do częściowego zrealizowania umowy, natomiast wykonawca poniósł je w dobrej wierze i nie mógł przewidzieć przesłanek do odstąpienia od umowy przez zamawiającego. W związku z tym nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji realizowania umowy zgodnie z jej postanowieniami.

Ponadto zwracamy uwagę na następujące kwestie tematyczne dotyczące Projektu:

- **Używanie wcześniej zdefiniowanych pojęć**

Istnieje wiele przypadków, w których zamiast użycia zdefiniowanego wcześniej pojęcia ustawa odsyła do przepisu zawierającego definicję. Utrudnia to istotnie korzystanie ustawy.

- **Podział przepisów ze względu na wartość zamówienia**

Wydaje się zasadne ujednoczenie tytułów działów II oraz VI poprzez zatytułowanie działu II – „Zamówienia klasyczne o wartości równej lub przekraczającej progi unijne”. Warto naszym zdaniem rozważyć także przeniesienie działu VI, tak by następował on bezpośrednio po dziale II. Wówczas przepisy dotyczące zamówień klasycznych, niezależnie od ich wartości znalazłyby się bezpośrednim sąsiedztwie, a po nich przepisy dotyczące szczególnych instrumentów i procedur, zamówienia sektorowe i dalej Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

- **Publikacja ogłoszeń**

Dobrym pomysłem usprawniającym znacznie wyszukiwanie ogłoszeń, który znalazł się w założeniach do projektu, a nie został zaimplementowany w projekcie ustawy było udostępnienie wszystkich ogłoszeń w jednym miejscu niezależnie od ich wartości. Zamawiający powinien dokonywać wyboru publikatora przez zaznaczenie odpowiedniej opcji i zależnie od wyboru powinien być mu udostępniany formularz właściwy ze względu na zastosowany tryb i miejsce publikacji. Wykonawcy poszukując okazji biznesowych mieliby wszystkie ogłoszenia w jednym miejscu, a nie jak wynika z projektu – w dwóch publikatorach.

- **Wzmocnienie sektora małych i średnich przedsiębiorstw**

Warte rozważenia jest wprowadzenie do Projektu zasady „reuse IPR” przedsiębiorcy, który wytworzył dane oprogramowanie (czyli zasady, żeby zamawiający co do zasady wymagał przekazania niewyłącznych praw majątkowych do wytworzonego oprogramowania). Wydaje się to szczególnie istotne w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych. Aktualnie zamawiający nie mają co do zasady w zakresie swej działalności sprzedawania oprogramowania i generowania zysków z tego tytułu. Z tego względu, często w sposób nieuzasadniony przedsiębiorcy są pozbawiani prawa do użytkowania IPR i dalszego sprzedawania usług/oprogramowania bazujących na zdobytym know-how, co stanowi ograniczenie konkurencyjności, w szczególności dla mniejszych przedsiębiorców. Przedsiębiorcy mogliby sprzedać produkt/usługę również za granicą, jeśli nie byłoby wcześniej zmuszeni do przekazania zamawiającemu praw wyłącznych. Uzasadnione wydaje się oczekiwanie, aby zamawiający wymagali przekazania praw wyłącznych jedynie w uzasadnionych przypadkach, czyli kiedy podmiot publiczny nie może zabezpieczyć swoich praw.



AMERYKAŃSKA IZBA HANDLOWA W POLSCE

Spektrum Tower, ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa

Tel: (48) (22) 520-5999, e-mail: office@amcham.pl, www.amcham.pl

- **Kryteria oceny ofert**

Zastrzeżenia może budzić określenie w projekcie maksymalnej wagi kryterium ceny na poziomie 60 %. Każde zamówienie ma swoją określoną specyfikę, szczególnie te, w których oferty mogliby składać przedsiębiorcy ze swoimi wysoce innowacyjnymi produktami czy usługami, dlatego przepisy nie powinny narzucać wagi jakiegokolwiek kryterium oceny ofert w przetargach publicznych.

Amerykańska Izba Handlowa w Polsce (AmCham) jako organizacja zrzeszająca inwestorów amerykańskich w Polsce, reprezentuje jednocześnie jedną z największych grup zagranicznych inwestorów w Polsce. Naszą misją jest poprawa klimatu inwestycyjnego w Polsce, wśród wszystkich inwestorów, nie tylko amerykańskich, gdyż wzrost inwestycji jest równoznaczny ze wzrostem gospodarczym, a tym samym poprawą warunków życia społeczeństwa polskiego.