**Stanowisko nr 2**

**członków Grupy roboczej ds. Prawa zamówień publicznych w zakresie uwag do projektu nowelizacji o charakterze priorytetowym – wersja z dnia 24.02.2016 r.**

Przedmiotem *Stanowiska nr 2* Grupy roboczej PZP są uwagi zgłoszone do dnia 29.02.2016 r. przez członków Grupy roboczej PZP do drugiej wersji projektu nowelizacji Ustawy pzp z dnia 24.02.2016 r.

Celem analizy jest weryfikacja drugiej wersji projektu nowelizacji Ustawy pzp z dnia 24.02.2016 r., pod kątem uwzględnienia postulatów zawartych w *Stanowisku* Grupy PZP z dnia 10.02.2016 r. odnośnie do priorytetowych obszarów przepisów zawartych w pierwszej wersji projektu nowelizacji ustawy pzp, a także zwrócenie szczególnej uwagi na przepisy, które pojawiły się w drugiej wersji projektu nowelizacji Ustawy pzp.

W ramach priorytetów dla obecnej nowelizacji ustawy PZP Grupa robocza PZP uznała 9 następujących zagadnień:

* Wykluczenia
* Jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ)
* Umowy o pracę
* Opis przedmiotu zamówienia (OPZ)
* Podwykonawstwo
* Kryteria
* Rażąco niska cena (RNC)
* Modyfikacje umów, przepisy przejściowe
1. **WYKLUCZENIA**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „Wykluczenia”

**Uwagi art. 24 ust 1 pkt 17) - obecnie problem przeniesiono do pkt 18)**

* Lekkomyślność i niedbalstwo zamienić na rażące niedbalstwo, w dyrektywie „zaniedbanie” lub uchylić – OIGD

**Uwagi art. 24 ust 2 pkt 4) – obecnie art. 24 ust 5 pkt 4)**

* Uchylenie pkt 4) - OIGD

**Uwagi art. 24 ust 2 pkt 5) – obecnie art. 24 ust 5 pkt 5)**

* Zgodnie z dyrektywą, nie jest jasne jakie osoby spoza zarządu i organów nadzorczych – OIGD
* Niezdefiniowany krąg osób. Proponujemy ograniczyć przesłankę do członków organów zarządzających, kontrolnych i prokurentów - jak w 24 ust.1 pkt.14) – SIDIR, PZPB, GDDKiA

**Uwagi art. 24 ust 2 pkt 3) - obecnie art. 24 ust 5 pkt 3)**

* Usunięcie kary umownej – OIGD, SIDIR, PZPB

**Uwagi art. 24 ust 5 pkt 4)-6)**

* Zbyt rygorystyczne zasady dot. Grzywny – SIDIR, PZPB
* Uchylenie pkt 6) - OIGD

**Rekomendacja Grupy PZP – art. 24 ust 1 i 5**

*Stanowisko* Grupy PZP pozostaje aktualne w zakresie postulatu o implementację przesłanek wykluczenia wykonawcy wprost z dyrektywy przy jednoczesnym zachowaniu jednoznaczności pojęć. Na szczególną uwagę zasługuje przesłanka art. 24 ust 5 pkt 5), która wymaga doprecyzowania i jednoznacznego wskazania kręgu osób, których wykroczenie jako przesłanka wykluczenia wykonawcy dotyczy. Z uwagi na istotne negatywne konsekwencje dla wykonawcy, skutkujące jego wykluczeniem z postępowania na skutek działania osób występujących w jego imieniu doprecyzowanie ich kręgu jest niezbędne. Szczególnie istotne jest także zdefiniowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust 5 pkt 3) w taki sposób, aby była zgodna z treścią art. 57 ust 4 lit g) Dyrektywy, gdzie okoliczność naliczenia wykonawcy kary umownej nie znajduje się wprost w treści przepisu unijnego.

Postulat członków Grupy PZP w zakresie doprecyzowania kręgu osób, o których mowa w art. 24 ust 1 pkt 13) i 15) – w drugiej wersji projektu nowelizacji pkt 14) i 16) został uwzględniony.

Postulat członków Grupy PZP w zakresie zmiany zwrotu „*merytoryczne*” na „*istotne*” w przesłance wykluczenia z art. 24 ust 2 pkt 3) został uwzględniony.

1. **JEDNOLITY EUROPEJSKI DOKUMENT ZAMÓWIENIA (JEDZ)**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „JEDZ”

**Uwagi art. 26a i 26b**

* należy dookreślić na jaki dzień wykonawca ma potwierdzić spełnienia warunków udziału w postepowaniu i potwierdzić brak podstaw do wykluczenia z postepowania – OIGD, GDDKiA,

**Rekomendacja Grupy PZP – art. 26**

*Stanowisko* Grupy PZP pozostaje aktualne w zakresie konieczności dookreślenia daty potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postepowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postepowania. Zdaniem członków Grupy druga wersja projektu nowelizacji Ustawy poprzez korektę treści przepisu art. 26 i dodanie w nim określenia „*aktualne dokumenty*” nie wskazując precyzyjnie zasad na jaki dzień wykonawca ma potwierdzić spełnienia warunków udziału w postepowaniu i potwierdzić brak podstaw do wykluczenia z postepowania nie realizuje postulatów Grupy PZP i rodzi ryzyko sposobu oceny „*aktualności dokumentów*”. W szczególności w momencie pozostawienia w mocy obecnie obowiązującego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów „*w sprawie rodzajów dokumentów…”* redakcja tego przepisu wymaga ponownej analizy. Postulat pozostaje więc aktualny na etap prac nad treścią nowego Rozporządzenia „*w sprawie rodzajów dokumentów…”.*

Postulat Grupy PZP w zakresie przedkładania Jednolitego dokumentu tylko do postępowań powyżej progów unijnych został uwzględniony.

Postulat Grupy PZP w zakresie określenia sankcji za nieuzupełnienie JEDZ został uwzględniony.

1. **UMOWY O PRACĘ**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „Umowy o pracę”

**Uwagi art. 29 ust 5 – obecnie art. 29 ust 3a**

* umożliwienia zamawiającemu określenia zakresu i rodzaju prac, wykonywanych w ramach przedmiotu zamówienia, jaki będzie objęty tym obowiązkiem – OIGD, GDDKIA,
* należy usnąć wyrażenie „lub podwykonawcę” - OIGD

**Rekomendacja Grupy PZP – art. 29 ust 5**

*Stanowisko* Grupy PZP pozostaje aktualne wskazujące, iż rozbieżność stanowisk zgłaszanych przez organizacje i resorty w toku konsultacji projektu nowelizacji ustawy wskazuje, iż zagadnienie to wymaga dalszych dyskusji z punktu widzenia celów zamówień publicznych i przepisów dyrektywy. Niezależnie od powyższego treść obecnie projektowanego przepisu wymaga doprecyzowania poprzez jednoznaczne sformułowanie czy określenie czynności, w zakresie realizacji zamówienia przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę powinno obejmować wszystkie czynności, jeżeli ich wykonanie obejmuje wykonywanie pracy określonej w art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy, czy też zamawiający ma uprawnienie do dokonania wyboru, które z tych czynności niezbędnych do realizacji zamówienia albo które z osób, pełniących dane funkcje (np. kluczowy personel) obejmie obowiązkiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

1. **OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ)**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „OPZ”

**Uwagi art. 29 ust 1**

* Brak uwag

**Rekomendacja Grupy PZP – art. 29 ust 1**

Postulat Grupy PZP w zakresie niewykreślania zwrotu „*wyczerpujący*” został uwzględniony.

1. **PODWYKONAWSTWO**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „Podwykonawstwo”

**Uwagi art. 36ba ust 1**

* usunięcie ust 1) – OIGD,
* tylko dla podmiotów trzecich a dla dalszych podwykonawców już nie żądać dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia– OIGD, SIDIR, PZPB

**Rekomendacja Grupy PZP – art. 36**

*Stanowisko* Grupy PZP pozostaje aktualne w zakresie żądania od podwykonawców dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia (art. 36 ba ust 1). Grupa PZP wskazywała, iż stanowiska środowiska są rozbieżne, co wskazuje na konieczność dalszej dyskusji i oceny przepisu z punktu widzenia celów dyrektywy i kosztów (skutków regulacji). Niezależnie od powyższego treść obecnie projektowanego przepisu jest nieprecyzyjna w zakresie kręgu podwykonawców zobowiązanych do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak zaistnienia podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Postulat Grupy PZP w zakresie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę pod kątem braku możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w takim przypadku został uwzględniony.

Postulat Grupy PZP w zakresie sposobu transpozycji do art. 36 przepisów art. 71 ust 2 i ust 5 dyrektywy (w zakresie art. 36b ust 1 oraz ust 1a), dotyczących wskazywania przez wykonawcę nazw podwykonawców (dotyczy momentu po udzieleniu zamówienia) został uwzględniony.

1. **KRYTERIA**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „Kryteria”

**Uwagi art. 91**

* Rezygnacja z określania progu procentowego wagi kryterium ceny – OIGD, GDDKIA, SIDIR, PZPB

**Rekomendacja Grupy PZP – art. 91**

*Stanowisko* Grupy PZP pozostaje aktualne w zakresie ustawowego określania progu procentowego wagi kryterium ceny.

Organizacje (za wyjątkiem NSZZ SOLIDARNOŚĆ) wskazują, iż instytucja zamawiająca posiada wyłączne prawo do każdorazowego określenia wag kryteriów w dokumentach zamówienia, a więc ustalenie wagi kryterium to domena zamawiającego, a nie państwa. Definicja oferty najkorzystniejszej nie odwołuje się także do sformułowania „*oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej*” jak robi to dyrektywa w art. 67 ust. 2, natomiast dobór kryteriów ma służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia zamawiającego.

Wskazać należy, że tożsame uwagi w toku konsultacji resortowych zgłaszały takie instytucje jak UZP, KIO czy MSZ a zatem instytucje, których opinia w zakresie zgodności przepisów krajowych z porządkiem unijnym wydaje się być kluczowa, przedstawiając szeroką argumentację w tym zakresie. Dla przykładu można wskazać, iż UZP w uwagach przywołanych w tabeli rozbieżności stwierdza:

„*Takie rozwiązanie jest sprzeczne nie tylko z nowymi dyrektywami ale również z orzecznictwem unijnym. Narzucając bowiem wagę kryteriów, ogranicza się możliwości zamawiających w sposób nieprzewidziany w prawie unijnym. Celem nowych regulacji unijnych jest wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie a temu stoi na przeszkodzie narzucanie maksymalnej wagi kryterium ceny. To zamawiający bowiem wie jakie kryteria pozwolą mu na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, nie można tym samym ograniczać ich w tym zakresie*.”

Na powyższe wskazuje przytoczone w uwagach Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 10.02.2016 r. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-247/02 z dnia 07.10.2004 r., , ale także wyrok ETS z dnia 04.12.2003 w sprawie C-448/01, w którym Trybunał wskazał, że swoboda (zamawiającego) doboru kryteriów oceny ofert obejmuje również swobodę określania ich znaczenia (wagi). Waga poszczególnych kryteriów powinna być określona w sposób umożliwiający identyfikację oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Ze stanowiska Trybunału wynika, że mimo, iż w praktyce najczęściej najważniejszym kryterium jest cena, w świetle prawa europejskiego możliwe jest przypisywanie również innym kryteriom oceny dużego znaczenia (zapewne nawet większego niż kryterium ceny), o ile jest to uzasadnione specyfiką zamówienia.

1. **RAŻĄCO NISKA CENA (RNC)**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „RNC”

**Uwagi art. 90**

* Usunięcie progu 30% lub korekta sposobu obliczenia progu - GDDKiA
* Wady sposobu obliczania progu 30% - OIGD

**Rekomendacja Grupy PZP – art. 90**

*Stanowisko* Grupy PZP pozostaje częściowo aktualne. Grupa robocza PZP wskazywała na różnorodne okoliczności, które mogą wystąpić na etapie przetargu (np. zmiana treści SIWZ, zakresu zamówienia, warunków umowy, wariantowość ofert, kryteria pozacenowe, oferty niezgodne z treścią SIWZ, oferty zawierające błędy w obliczeniu ceny, etc.) powodujące, iż próg 30% nie powinien mieć charakteru automatycznego weryfikatora przesłanek RNC. Przepisy zostały zmodyfikowane w taki sposób, iż do obliczenia 30% rozbieżności cenowej pomiędzy ofertami nie należy uwzględniać ofert podlegających odrzuceniu. Niemniej jednak nie jest to zmiana wystarczająca i należy ponownie rozważyć sposób określania progu 30% także poprzez odniesienie do aktualnej na moment otwarcia ofert wartości zamówienia (a nie szacunkowej wartości +VAT) lub też jego usunięcie.

1. **MODYFIKACJE UMÓW, PRZEPISY PRZEJŚCIOWE**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „Modyfikacje umów, przepisy przejściowe”

**Uwagi przepisy przejściowe art. 7 ust 2 i 3 – obecnie art. 9 i 14**

* objęcie zmian do umów zawartych w wyniku postępowań wszczętych przed wejściem w życie nowelizacji nowymi przepisami – GDDKiA, SIDIR, PZPB

**Rekomendacja Grupy PZP – przepisy przejściowe art. 9 i 14**

*Stanowisko* Grupy PZP pozostaje częściowo aktualne. Grupa robocza PZP wskazywała na szczególną istotność zmiany przepisów przejściowych, których obecne brzmienie uniemożliwi zawieranie umów dodatkowych i uzupełniających w zadaniach inwestycyjnych, dla których toczą się postępowania przetargowe. Nowe przepisy dotyczące zmian umów powinno stosować się zarówno do zmian umów zawartych przed dniem wejścia w życia ustawy jak też do zmian umów zawartych w wyniku postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy. Obecne brzmienie art. 14 powoduje nieuzasadnione rozróżnienie i brak możliwości udzielania zamówień uzupełniających i dodatkowych w stosunku do wcześniej udzielonych zamówień. Tym samym prowadzi to do sytuacji, w której strony umowy w pewnych sytuacjach nie będą mogły wykonać obowiązków, a także skorzystać z uprawnień i rozwiązań, jakie zostały ukształtowane zgodną wolą stron przy zawarciu umowy. Dlatego zasadnym wydaje się objęcie także tych umów nowymi przepisami odnoszącymi się do modyfikacji umów;

1. **ROZPORZĄDZENIE WS RODZAJU DOKUMENTÓW**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „Rozporządzenie ws rodzaju dokumentów”.

**Uwagi przepisy przejściowe art. 8 – obecnie art. 10**

* pozostawienie w mocy rozporządzenia spowoduje wiele komplikacji, w związku z niezgodnością rozporządzenia z projektowanymi zmianami, np. odwołania do nieaktualnych przepisów jak i rozbieżności w nazewnictwie i zakresie dokumentów, związane z uwagami do art. 24 – GDDKIA, OIGD

**Rekomendacja Grupy PZP – przepisy przejściowe art. 10**

*Stanowisko* Grupy PZP pozostaje aktualne. Grupa robocza PZP rekomenduje opracowanie nowego rozporządzenia ws rodzaju dokumentów dostosowanego do nowego brzmienia przepisów, spójnego z treścią Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

**Uwagi odnoszące się do nowego brzmienia projektowanych przepisów lub nowo stworzonych przepisów, niezgłaszane przez Grupę PZP w toku prac nad poprzednim projektem nowelizacji ustawy pzp.**

Do dnia 29.02.2016 r. członkowie Grupy roboczej PZP zgłosili dodatkowo uwagi związane z nowymi przepisami (których nie było w pierwszej wersji projektu nowelizacji). Uwagi te zostały przeanalizowane pod kątem takich samych kryteriów oceny jak uwagi zgłoszone do pierwszej wersji projektu nowelizacji, tj.:

* priorytety dla obecnej nowelizacji ustawy PZP,
* priorytety dla przyszłej nowelizacji ustawy PZP lub nowej ustawy,
* postulaty o charakterze praktycznym oraz postulaty o charakterze technicznym, bardziej szczegółowym (często uznane za słuszne) uznane jako nie priorytetowe.

W wyniku ww weryfikacji uwag jak wyżej, proponuje się dodanie w *Stanowisku nr 2* priorytetu nr 10 dotyczącego przesłanek rozwiązania umowy na podstawie art. 145a ustawy pzp

1. **ROZWIĄZANIE UMOWY**

Podsumowanie uwag poszczególnych organizacji w obszarze „Rozwiązanie umowy”

**Uwagi art. 145a**

* Radykalnie zmieniono postanowienia w porównaniu do poprzedniego projektu. Jest to również rozbieżne z art. 73 Dyrektywy 24/2014, która przewiduje możliwość rozwiązania umowy po dokonaniu zmiany umowy, która to zmiana wymagałaby przeprowadzenia nowego postępowania. – GDDKiA, SIDIR, PZPB

**Rekomendacja Grupy PZP – art. 145a**

Zdaniem członków Grupy zmieniono postanowienia art. 145a w porównaniu do pierwszego projektu nowelizacji. Jest to również rozbieżne z art. 73 Dyrektywy 24/2014, która przewiduje możliwość rozwiązania umowy po dokonaniu zmiany umowy, która to zmiana wymagałaby przeprowadzenia nowego postępowania. Proponowana nowelizacja dopuszcza rozwiązanie umowy jeżeli Zamawiający zamierza ją w sposób zasadniczy zmienić bez jakiejkolwiek możliwości weryfikacji, czy zmiana jest wynikiem błędów zamawiającego na etapie przygotowania inwestycji czy też obiektywnej zmiany okoliczności już na etapie realizacji. Dodatkowo wprowadzono bardzo nieprecyzyjne, niejasne i trudne do zweryfikowania przesłanki rozwiązania umowy na tej podstawie – „*pozostawienie w mocy zawartej umowy pociągałoby za sobą* ***nadmierne niedogodności*”.** Jest to niebezpieczna furtka do rozwiązywania umów, dla których źle zostało przygotowane postępowanie. Stanowi to zaprzeczenie idei Dyrektywy.

Proponuje się doprecyzowanie brzmienia przepisu w wersji z poprzedniego projektu nowelizacji poprzez wskazanie, iż istotna zamiany umowy nastąpiła z naruszeniem odpowiednich przepisów ustawy (art. 144). Powyższe rozwiązanie wydaje się lepiej oddawać cel art. 74 Dyrektywy.