



Biuro Rzecznika
Małych i Średnich Przedsiębiorców

RMSP - 354/2019/WPL

Warszawa, 12 lipca 2019 r.

Pan
Hubert Nowak
Prezes
Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Szanowny Panie Prezesie

nawiązując do prac nad rządowymi projektami *ustawy – Prawo zamówień publicznych* oraz *ustawy – Przepisy wprowadzające – Prawo zamówień publicznych* (numery w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów: UD472 i UD473), w związku z przyjęciem w dniu 9 lipca br. przez Radę Ministrów ww. projektów pragnę serdecznie pogratulować Panu Prezesowi pomyślnego zakończenia prac na tym etapie ich procedowania.

Jednocześnie mając na uwadze, iż co do zasady nowe Prawo zamówień publicznych wejdzie w życie w dniu 1 stycznia 2021 r. oraz mając na względzie problemy, jakie pojawiają się w praktyce stosowania aktualnie obowiązujących przepisów w tym zakresie, pragnę zwrócić się do Pana Prezesa z wnioskiem o podjęcie współpracy w celu promowania wśród zamawiających dobrych praktyk, w szczególności względem wykonawców z sektora MŚP. Tytułem przykładu pragnę wskazać na nagłośniony w mediach w ostatnim czasie problem z zamawiającym, który wbrew rekomendacjom Urzędu Zamówień Publicznych – aby przy mniejszych zamówieniach prowadzonych elektronicznie pozostawiać wykonawcom możliwość składania ofert w tradycyjnej formie papierowej – przymusił wykonawców do składania ofert wyłącznie w formie elektronicznej (por. artykuł „Spór o elektroniczną przetargów. Firmy przymuszane do internetu”, S. Wikariak, Dziennik Gazeta Prawna, 18 czerwca 2019 r.)¹.

¹ <https://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/1417953.spor-o-elektronizacje-przetargow-firmy-przymuszane-do-internetu.html>, dostęp: 12.07.2019.



W związku z powyższym, działając na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców², zgodnie z którym *Rzecznik może zwracać się do właściwych organów, organizacji lub instytucji publicznych z ocenami i wnioskami o podjęcie działań zmierzających do zapewnienia skutecznej ochrony praw przedsiębiorców oraz usprawnienia trybu załatwiania spraw w tym zakresie*, a także w związku z pracami Zespołu Roboczego ds. Zamówień Publicznych utworzonego w ramach działającej przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców Radzie Przedsiębiorców, w załączeniu przekazuję materiał roboczy wypracowany przez ww. Zespół zawierający propozycje w zakresie dobrych praktyk z uprzejmą prośbą o odniesienie się do nich oraz zaproponowanie tematów, które mogłyby w pierwszej kolejności zostać podjęte w ramach współpracy Pana Prezesa z Rzecznikiem Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Z pewnością

Z up. Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców

RADCA RZECZNIKA

Wydział Prawno-Legislacyjny

Marek Woch

Dr n. pr. Marek Woch

Załącznik:

1/ propozycje wzorców dobrych praktyk opracowane w ramach Zespołu Roboczego ds. Zamówień Publicznych przy Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców.

² Dz. U. z 2018 r. poz. 648.

W nawiązaniu do posiedzenia Zespołu Roboczego ds. Zamówień Publicznych, które odbyło się 6 maja br. w siedzibie Biura Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców **Koszalińska Izba Przemysłowo-Handlowa** wnioskuję o dużo wcześniejsze rozpoczęcie wdrożenia pewnych elementów dobrych praktyk przewidzianych przez ustawodawcę w projekcie nowej ustawy Prawa Zamówień Publicznych.

Mamy na myśli „miękkie” działania prowadzone poprzez rekomendacje i zalecenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych np. publikacje na stronie internetowej.

Działania te miałyby na celu propagowanie przyjętych w ustawie zmian z jednoczesnym publikowaniem wzorców dobrych praktyk, które byłyby zgodne z obecną ustawą i zamawiający mogliby oprzeć się na tych dokumentach przy organizowaniu przetargów.

Dobrym przykładem wprowadzenia takich działań zakończonych sukcesem jest **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad**, która w wyniku współpracy zespołu prawników z jednoczesnym udziałem przedsiębiorców i specjalistów, wypracowała pakiet ustaleń obejmujący m.in. wzorzec umowy oraz specyfikację techniczną, która to przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesu publicznego w sposób sprawiedliwy, dzieli ryzyka realizacyjne pomiędzy Inwestora a Wykonawcę.

Naszym zdaniem warto zacząć w pierwszym etapie od wzorców dla ogłaszanych przez małe samorządy przetargów na usługi i roboty budowlane,

Wzorce dobrych praktyk, o których piszemy mogłoby dotyczyć takich działań jak:

1. **wprowadzenie arbitrażu** - pracę Krajowej Izby Odwoławczej, winien wspierać dodatkowy organ np. powołany przy Urzędzie Zamówień Publicznych dobrowolny Sąd Arbitrażowy, rozstrzygane w ten sposób spory pomogłyby usprawnić realizację wielu inwestycji jak również zmniejszyły ilości sporów kontraktowych w Sądach Gospodarczych. MŚP często mogą takiego rozstrzygnięcia nie doczekać – wcześniej mogą upaść. W interesie MŚP byłoby wprowadzenie pierwszeństwa arbitrażu w sporach już w trakcie realizacji zamówienia i polubowne rozstrzygnięcie sporów w sadach, jako mające pierwszeństwo przed zwykłymi postępowaniami.

2. dążenie do **zapewnienia jednolitości wykładni prawa**, w szczególności przez Urząd Zamówień Publicznych i Krajową Izbę Odwoławczą występujące równoległe dwie linie orzecznicze nie ułatwiają przedsiębiorcom ubiegania się o zamówienia publiczne. Podejmowane ryzyko i koszty obsługi często przekraczają zakładaną rentowność umowy o zamówienie publiczne. A już zupełnym nieporozumieniem jest rozbieżne orzecznictwo w ramach Krajowej Izby Odwoławczej, czy też rozbieżne stanowisko KIO i UZP. Wpływa to negatywnie na konkurencyjność postępowań o zamówienie.

3. opublikowanie przez UZP na stronie internetowej dobrowolnych wzorców **Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i Instrukcji dla Wykonawców** obejmujących:

- **warunki udziału w postępowaniu nie ograniczające konkurencji**, tj. nie ograniczające dostępu do wykonania zamówienia wykonawcom obiektywnie zdolnym do jego realizacji.

- wprowadzenie uregulowań w zakresie **kryteriów oceny ofert** (min 60% cena) wprowadzenie zakazu stosowania jako kryterium 40% gwarancja czy skrócenie nierealnego już terminu realizacji, dobre praktyki winny nakazywać punktowanie np. doświadczenia kadry, bo taka gwarantuje sprawną realizację przedmiotu zamówienia, zaferowania lepszej jakości materiałów lub urządzeń, np. ograniczających zużycie energii itp.

- **wydłużenie terminów na zadawanie pytań o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia** dłużej niż do połowy czasu, obecna ustawa znacząco ogranicza wykonawcom w czasie uprawnienia do występowania o wyjaśnienie SIWZ.

- wprowadzenie obowiązku przygotowania **opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący**, szczególnie dla robót budowlanych winien być oparty na szczegółowych kosztorysach przygotowanych przez Zamawiającego. W interesie MŚP, jest aby jakiegokolwiek różnice wynikające ze specyfikacji czy dokumentacji projektowej, nie ujęte w kosztorysie stanowiły roboty

dotatkowe, a nie były objęte zryczałtowaną ceną. Obecnie przyjętą praktyką jest, zrobienie przez kosztorysanta/projektanta kosztorysów pod wniosek o dofinansowanie, a następnie do specyfikacji Zamawiający dopisuje dodatkowy wcześniej nie ujęty zakres przymiotu zamówienia, niespójny z projektem czy kosztorysem.

- wprowadzenia do SIWZ **wzorów gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych** już na etapie przetargu Zamawiający powinien określić treść/warunki gwarancji. Pozwoli to wykonawcy oszacować te koszty na etapie składania oferty. Obecna sytuacja, w której Zamawiający akceptuje treść gwarancji w momencie jej przedłożenia powoduje ryzyko znacznego wzrostu kosztów jeżeli w wymaganiach pojawią się takie zapisy, które znacznie podniosą koszt wystawienia gwarancji. Często się zdarza, że ubezpieczyciele lub banki odmawiają wystawienia gwarancji z „listą życzeń Zamawiającego”

- wprowadzenie do SIWZ **wzorów umów z podwykonawcami, dostawcami**, obecnie przeciągające się procesy akceptacji ww umów, zbyt daleka ingerencja Zamawiających w zapisy umów nie wynikające z SIWZ, wydłużają proces wprowadzenia podwykonawcy na plac budowy w tym samym paraliżują inwestycję

- dla prac projektowych oraz robót w formule „zaprojektuj i wybuduj” do **Programów Funkcjonalno – Użytkowych** - wprowadzenie jako obligatoryjnych informacji podawanych przez Zamawiającego w PFU, dostosowanych do specyfiki zamówienia tj:

- a) kopia mapy zasadniczej,
- b) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów,
- c) zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków,
- d) inwentaryzacja zieleni,
- f) pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości,
- g) inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek,
- h) porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych,
- j) decyzję o uwarunkowaniach środowiskowych, jeśli jest wymagana.

- dopuszczenie możliwości określenia w dokumentacji **projektowej przez projektanta konkretnych urządzeń, materiałów, sprzętu czy technologii z dopiskiem lub równoważne**. Natomiast specyfikacja powinna precyzyjnie określać warunki równoważności mając na względzie innowacyjność i postęp techniczny.

- uregulowanie **zagadnienia uzupełniania dokumentów i oświadczeń**, w szczególności w kontekście wyroku TSUE C-387/14 Esaprojekt, a także wobec postanowień art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, tak aby nie było zarzutu niedopuszczalnej zmiany oferty – np. **zakaz uzupełniania tabeli urządzeń** takie uzupełnienie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

- doprecyzowanie **zakresu informacji, które stanowią tajemnicę Wykonawcy**, szersza jawność postępowania zapisana wprost w ustawie, w szczególności w związku ze stosowaniem kryteriów pozacenowych, W tym celu konieczne jest uzupełnienie katalogu informacji, **które nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, np. kosztorys, wykaz cen**. Wyłączeniem z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp powinna zostać również objęta **informacja o personelu Wykonawcy**. Obejmowanie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o personelu Wykonawcy jest niczym nieuzasadnionym zabiegiem, uniemożliwiającym konkurentom sprawdzenie, czy utajniony personel spełnia warunki postawione przez Zamawiającego. Tym samym praktyka utajniania personelu w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję.

- obowiązek wliczania w ryczałtowaną cenę kosztów **serwisowania oraz pokrywania kosztów eksploatacji urządzeń** w okresie gwarancji, w znacznym stopniu utrudnia uczciwą konkurencję. MŚP jako wykonawcy nie mając doświadczenia w eksploatacji konkretnego urządzenia często nie są

wstanie właściwie oszacować wszystkich kosztów eksploatacji, przeglądów okresowych i zużycia materiałów i części eksploatacyjnych, które są uzależnione są od czasu pracy danego urządzenia.

- **odstąpienie przez Zamawiającego od badania czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy cena wykonawcy nie odbiega od cen rynkowych**, a nakaz badania niejako wynika wyłącznie z porównania z szacunkową wartością zamówienia. Obecnie ten proces niepotrzebnie wydłuża czas wyboru najkorzystniejszej oferty oraz angażuje siły po stronie Zamawiającego i Wykonawcy

4. opracowania **wzoru umowy** (do dobrowolnego wykorzystania) określającego:

- **zrównoważone warunki realizacji umów o zamówienie publiczne**, obecnie większość umów o zamówienie publiczne ma charakter umów adhezyjnych, a niemal wszystkie ryzyka przenoszone są na wykonawcę. Skutkuje to wzrostem kosztów zamówień i liczby sporów, a także tzw. „szukaniem ryzykanta”. Zamawiający za najniższą cenę wybiera ryzykanta, a nie partnera do realizacji inwestycji.

- wprowadzenie limitu kar umownych dla Stron, a w zasadzie dla wykonawców (Zamawiający zwykle takich kar dla siebie w umowie nie formułuje)

- **termin realizacji** podany jako **termin względny - okres** np. określony jako ilość miesięcy od przekazania placu budowy, a nie jak obecnie poprzez wskazanie konkretnej daty. Często przez przedłużające się procedury przetargowe, podany termin realizacji już na etapie składania jest niedoszacowany i terminowe wykonanie staje się niemożliwe ze względów technologicznych. Wykonawca kalkulując swoje ryzyko powinien doliczyć do ceny wartość kar umownych z tytułu nie dotrzymania terminu zakończenia, co bezpośrednio wpływa na podrożenie cen ofertowych.

- **okres gwarancji** jako **maksymalnie 60 miesięcy** - banki i ubezpieczyciele nie mogą wystawić takich gwarancji lub wymagana jest reasekuracja. Obecnie poprzez wprowadzenie do ustawy dodatkowego kryterium oceny ofert, często punktowany kryterium oceny ofert jest nielimitowany okres gwarancji. Zamawiający, nadużywając swojej pozycji wymaga spełnienia nierealnych i niezasadnych technicznie wymagań w zakresie długości gwarancji jakości. Wprowadzenie dla robót technologicznych okresu gwarancji dłuższego niż 3 lata, znacznie podraża wartość zamówienia. Ponadto warto zwrócić uwagę na fakt, iż większość materiałów i urządzeń posiada maksymalnie 24 miesięczną gwarancję producenta. W takiej sytuacji odpowiedzialność z tytułu udzielonej gwarancji obciąża Wykonawcę.

- **płatności za wykonane prace** winny być planowane zależnie od wielkości zamówienia, jego wartości oraz terminu wykonania. Niestety obecnie większość Zamawiających z uwagi na brak środków własnych na sfinansowanie zamówienia, wprowadza jedną końcową płatność po zakończeniu i odbiorze wszystkich prac. Taka konstrukcja umów automatycznie wyklucza z udziału większość MŚP z kapitałem krajowym. Rozwiązaniem tego problemu mogłoby być **wprowadzenie obligatoryjnego dopuszczenia cesji należności na rzecz banków** lub na rzecz zatwierdzonych dostawców i podwykonawców, bez naliczania dodatkowych opłat. Z uwagi na **obowiązek podatkowy**, zalecane byłoby ustalenie **płatności nie rzadziej niż raz na kwartał**. Taka sytuacja pozwoliłaby na pozyskanie małym i średnim przedsiębiorcom większej ilości zamówień publicznych, tym samym ułatwiłaby ich rozwój przy utrzymaniu płynności finansowej.

- **odbioru częściowe i przekazanie do eksploatacji**. Wykonawca w toku realizacji przekazuje odcinki prac Zamawiającemu, który zaczyna je eksploatować tzn. udostępnia infrastrukturę do celów komercyjnych. Natomiast formalny odbiór następuje po realizacji całego zadania. Ma to ten skutek, że wykonawca musi kredytować przez długi okres Zamawiającego oraz to, że gwarancja rozpoczyna bieg po oddaniu całości zadania. Często zdarza się tak że od przekazania odcinka do eksploatacji do jego formalnego odbioru przez Zamawiającego upływa kilka miesięcy a nawet lat.

- **wprowadzenie do umów wyłącznie kar za zwłokę a nie za opóźnienia przejściowe** - wysokość kar za dany etap wiana być odnoszona do wartość danego etapu a nie całości robót, nakładanie niezliczonej ilości kar za opóźnienia może w skrajnym przypadku doprowadzić do utraty płynności lub upadku wykonawcy. Tym bardziej, że opóźnienia często wynikają z winy Zamawiającego (braki w

dokumentacji, nieprzekazanie placu budowy itp.). Ponadto nakładanie kar za opóźnienie poszczególnych etapów robót i egzekwowanie ich bez zwłoki jest nieuczciwe gdyż wykonawca może nadrobić opóźnienia w kolejnych etapach i cały projekt oddać nawet przed terminem. Potrącenie kar może uniemożliwić wykonawcy pokrycie kosztów działań mających na celu nadrobienie opóźnień.

- **polisy ubezpieczeniowe – tylko CAR bez OC**, jeżeli wykonawca posiada roczną obrotową polisę OC działalności obejmującą swoim zakresem przedmiot zamówienia powinno się ubezpieczać wyłącznie ryzyka budowlane przez cały okres wymagany kontraktem, a nie dublować polis i nie podnosić kosztów realizacji inwestycji.

5. Dobrą praktyką byłoby zwrócenie uwagi Zamawiającym, jak ważna w całym procesie budowlanym jest „dobra” **dokumentacja projektowa**, która to winna być fundamentem przyszłej inwestycji budowlanej.

Według nas, dla usług projektowych, to nie cena winna być wyznacznikiem wyboru oferty, ale doświadczenie personelu i doświadczenie samych oferentów. Takie podejście do przetargu sprawi, że zmniejszy się szansa na wygranie przetargu przez mało doświadczone firmy, które nieuczciwie obniżają cenę tylko w celu wygrania przetargu.

Jeśli chodzi o wartość prac projektowych i słuszną obawę, że w takiej sytuacji może ona na etapie przetargu wzrosnąć, to należy przypomnieć, że jej wartości zostały już określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Inwestorzy, więc mają możliwość łatwego oszacowania godziwej wartości tych prac.

Należy pamiętać, że zaniżanie cen prac projektowych przynosi, tylko negatywne skutki. Gdyż potencjalna oszczędność na dokumentacji projektowej, może znacząco podrożyć realizację inwestycji. Każda wada w dokumentacji projektowej skutkuje przedłużeniem realizacji robót budowlanych, roszczeń Wykonawców o zapłatę za roboty dodatkowe nie ujęte w projekcie, a w ostateczności prowadzi do sporów sądowych, które mogą doprowadzić do upadłości wykonawców MŚP.

Naszym zdaniem wprowadzenie wyżej omówionych wzorców bezspornie usprawni proces realizacji inwestycji w małych jednostkach samorządowych oraz zwiększy ich przejrzystość. Dysponując wypracowanymi wzorami, Zamawiający zmieniał by tylko kluczowe zagadnienia tj. przedmiot zamówienia, termin realizacji, wartość wynagrodzenia, płatności itp. Nie narażałoby go to, na późniejsze konsekwencje z tytułu niewłaściwego przeprowadzenia postępowania. Wykonawcom MŚP ułatwiłoby to uczciwą konkurencję oraz właściwe szacowanie ryzyk budowlanych.