

MARUTA \

Uwagi do projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych

Warszawa, 14 lutego 2019 r.

Maruta Wachta sp. j.
www.maruta.pl
biuro@maruta.pl

ul. Wspólna 62, 00-684 Warszawa
Tel. +48 668 73 85

NIP: 6760111300
KRS: 0000083893
REGON: 350653113

Sz. P. Jadwiga Emilewicz
Minister Przedsiębiorczości i Technologii
Plac Trzech Krzyży 3/5
00-507 Warszawa

Szanowna Pani Minister,

w imieniu kancelarii Maruta Wachta sp.j., niniejszym przedstawiamy uwagi i rekomendacje dotyczące projektu ustawy z dnia 21 stycznia 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

Wyrażamy nadzieję, iż opracowany przez nas materiał okaże się pomocny na dalszych etapach prac legislacyjnych oraz przyczyni się do uchwalenia ustawy, która będzie w pełni odpowiadała na wyzwania, przed którymi stoi polski rynek zamówień publicznych.

Z poważaniem,

r. pr. Bartłomiej Wachta

r. pr. dr Jakub Krysa

r.pr. Małgorzata Kurowska

adw. Damian Gudel

apl. adw. Marcin Cwener

apl. adw. Michał Nawrocki

I. Wykaz skrótów

dyrektywa 2007/66/WE	dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych
dyrektywa 2009/81/WE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., str. 76, z późn. zm.)
dyrektywa 2014/23/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 1, z późn. zm.)
dyrektywa 2014/24/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE z 28 marca 2014 r., L 94/65)
dyrektywa 2014/25/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE z 28 marca 2014 r., L 94/243)

ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
Kancelaria	Kancelaria Maruta Wachta sp.j.
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 t.j. ze zm.)
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
Koncepcja	Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych z dnia 6 czerwca 2018 r.
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.)
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
OPZ	Opis Przedmiotu Zamówienia
Projekt	projekt ustawy z dnia 21 stycznia 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (numer w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów: UD472)
p.z.p.	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. ze zm.)
RODO	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)

r.z.t.p.	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 283)
SN	Sąd Najwyższy
TFUE	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej ETS)
u.o.d.o.	ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1000)
UZP	Urząd Zamówień Publicznych

II. Uwagi ogólne

- (1) Przedstawiony Projekt stanowi zapowiedź największej zmiany w polskim systemie zamówień publicznych od wejścia w życie aktualnie obowiązującej ustawy p.z.p., tj. od blisko 15 lat. Projektowane przepisy wprowadzają w wielu obszarach nowe, dotychczas nieznanne instytucje i mechanizmy, które w założeniu Projektodawcy, mają przyczynić się do zwiększenia efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniając jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług. W zamierzeniu Projektodawcy projektowane zmiany mają również na celu zwiększenie przejrzystości i spójności regulacji w zakresie zamówień publicznych.
- (2) Niewątpliwie szereg proponowanych zmian wpisuje się w przyjęte założenia Projektodawcy oraz wychodzi naprzeciw oczekiwaniom i postulatom formułowanym przez uczestników rynku zamówień publicznych, w szczególności w ramach szerokich konsultacji prowadzonych przez Projektodawcę oraz UZP, które znalazły następnie swój wyraz w Koncepcji. **Zmiany te, jak również sam kierunek działania Projektodawcy, należy co do zasady ocenić pozytywnie.**
- (3) Niezależnie od tego, że niektóre z proponowanych rozwiązań zasługują na aprobatę i powinny zostać wprowadzone do polskiego systemu zamówień publicznych, w opinii Kancelarii należy wskazać następujące, **istotne zastrzeżenia do całości Projektu**. Na taką ocenę składają się przede wszystkim następujące czynniki:
 - (a) obszerność Projektu;
 - (b) konstrukcja i systematyka Projektu;
 - (c) błędy w zakresie techniki prawodawczej;
 - (d) błędy w zakresie poszczególnych regulacji omówione szerzej w części szczegółowej niniejszego opracowania;
 - (e) zbyt krótkie *vacatio legis*.
- (4) Analiza Projektu prowadzi do wniosku, że główną intencją Projektodawcy było opracowanie ustawy, która będzie regulowała zagadnienia z zakresu zamówień publicznych w sposób maksymalnie szeroki i kompleksowy. W konsekwencji, zrezygnowano z postulowanego na wcześniejszym etapie prac opracowania odrębnych ustaw dedykowanych zamówieniom klasycznym, sektorowym i obronnościowym, co w istotny sposób mogłoby poprawić przejrzystość tych regulacji oraz usprawnić ich stosowanie.
- (5) Wbrew pierwotnym założeniom, zdecydowano się na zwiększenie ilości i zakresu norm rangi ustawowej m.in. poprzez włączenie do Projektu regulacji i wytycznych,

których źródłem były dotychczas akty prawne niższego rzędu (m.in. rozporządzenia) oraz dokumenty, akty prawne i orzecznictwo, które nie miały charakteru bezwzględnie wiążącego – służyły bowiem jako dyrektywy interpretacyjne w procesie wykładni przepisów ustawowych (np. motywy preambuł do dyrektyw unijnych, wyroki KIO i TSUE, dobre praktyki UZP, *etc.*). Nadto, do zwiększenia objętości projektowanych regulacji przyczyniło się podzielenie dotychczas obowiązujących przepisów na mniejsze jednostki redakcyjne. W konsekwencji można wręcz odnieść wrażenie, że Projektodawca dąży do wprowadzenia do polskiego systemu prawnego swoistego „kodeksu zamówień publicznych” mającego na celu całościowe, wyczerpujące unormowanie tej dziedziny prawa.

- (6) W opinii Kancelarii konsekwencją powyższych zabiegów jest to, że proponowany Projekt jest **zbyt obszerny** oraz **mało przejrzysty**, co zdecydowanie utrudni jego stosowanie, w szczególności przez podmioty z sektora małych i średnich przedsiębiorstw.
- (7) Wbrew przyjętym założeniom odpowiadającym specyfice kodeksowej, **Projektowi brakuje również cech spójności, niesprzeczności i jednolitości terminologicznej.**
- (8) Problemem wydaje się być również **nadmierna kazuistyka**, która będzie prowadziła do znacznych problemów interpretacyjnych. Szczegółowe uregulowanie *ad casum*, będzie wymagało ustanowienia licznych wyjątków. Jednocześnie, tak kazuistyczne ujęcie przepisów ustawy jest sprzeczne z zasadami techniki prawodawczej, tj. z § 5 r.z.t.p., zgodnie z którym: „Przepisy ustawy redaguje się zwięźle i syntetycznie, unikając nadmiernej szczegółowości, a zarazem w sposób, w jaki opisuje się typowe sytuacje występujące w dziedzinie spraw regulowanych tą ustawą.” Ponadto, zgodnie z §3 ust. 1 r.z.t.p.: „Ustawa powinna być tak skonstruowana, aby od przyjętych w niej zasad regulacji nie trzeba było wprowadzać licznych wyjątków.”
- (9) Regulacje dotyczące takich kwestii, jak np. struktura KIO, zasady wyboru i wynagrodzenie członków Izby, struktura Rady Zamówień Publicznych i procedura wyboru Prezesa UZP należałoby zatem przenieść do aktów prawnych niższego rzędu (rozporządzeń) z uwagi na fakt, iż nie są to przepisy, z których wykonawcy lub zamawiający korzystają w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a które **znacząco zwiększają objętość ustawy i zmniejszają jej przejrzystość.**
- (10) W opinii Kancelarii **na krytykę zasługuje również podział Projektu na dwie odrębne części dotyczące postępowań krajowych i unijnych.** Został on bowiem dokonany w taki sposób, że te same przepisy są powtarzane w niemal niezmienionej

formie w obu częściach, np. art. 250 i art. 455, co również przekłada się na objętość Projektu i zdecydowanie ogranicza jego czytelność.

- (11) Nadto, niejednokrotnie Projektodawca wprowadza reguły kolizyjne oparte na zasadzie *lex specialis – lex generalis*, poprzez odesłanie do innych aktów prawnych, które należy stosować, jeżeli Projekt nie stanowi inaczej. Pomimo takiego „odesłania”, Projekt powiela w wielu obszarach regulacje zaczerpnięte z aktów prawnych, do których odsyła. Przykładowo, zgodnie z art. 541 Projektu, do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c., o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Jednocześnie, w przepisach dotyczących dowodów, art. 560 i kolejne zostały przepisane regulacje zawarte w k.p.c. (art. 227 i nast.). Stanowi to niepotrzebne powtórzenie przepisów innej ustawy, co do której zastrzeżono odpowiednie stosowanie, co jest **niezgodne z zasadami techniki prawodawczej**, w szczególności z §4 ust. 1 r.z.t.p., zgodnie z którym: „Ustawa nie może powtarzać przepisów zamieszczonych w innych ustawach.” Ponadto zabieg taki, prowadzi do **niepotrzebnego zwiększenia objętości ustawy oraz utrudnia jej interpretację**.
- (12) Podobnie krytycznie należy odnieść się do wprowadzania do Projektu przepisów, które nie mają charakteru względnie wiążącego, bezwzględnie wiążącego lub semiimperatywnego, lecz **wyłącznie charakter informacyjny lub edukacyjny** (np. art. 112 Projektu). W opinii Kancelarii regulowanie takich materii aktem prawnym rangi ustawowej należy uznać za bezcelowe oraz sprzeczne z obowiązującymi zasadami techniki prawodawczej. Zgodnie bowiem z §11 r.z.t.p.: „W ustawie nie zamieszcza się wypowiedzi, które nie służą wyrażaniu norm prawnych, a w szczególności apeli, postulatów, zaleceń, upomnień oraz uzasadnień formułowanych norm.” W ocenie Kancelarii, choć co do zasady podawanie tego typu informacji należy uznać za pożądane, to jednak właściwym trybem dla ich upubliczniania są działania podejmowane m.in. przez Prezesa UZP (dobre praktyki, dokumentacja wzorcowa, opinie, zalecenia, etc.).
- (13) Za pożądane należałoby za to **uznać zebranie wszystkich definicji i objaśnień, które pojawiają się w tekście Projektu oraz ujęcie ich w jednym miejscu na początku ustawy**. Zabieg taki pozwoliłby uporządkować siatkę pojęciową przyjętą w Projekcie, znacznie ułatwiając stosowanie przyjętych regulacji. Zabieg taki realizowałby także postulat wyrażony w §150 ust. 3 r.z.t.p., zgodnie z którym: „Jeżeli ustawa zawiera wiele wielokrotnie powtarzających się określeń wymagających zdefiniowania, ich definicje można zamieścić w wydzielonym fragmencie przepisów ogólnych ustawy, oznaczając ten fragment nazwą „Objaśnienia określeń ustawowych”.
- (14) Nadto, za **nadmiarowe i bezcelowe** należy uznać każdorazowe wymienianie konkursu obok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przepisach, które nie odnoszą się wyłącznie do konkursu. Taki zabieg powoduje, że przepisy

stają się mniej czytelne oraz przyczynia się do zwiększenia objętości Projektu. Ponadto, Projektodawca stosuje ten zabieg niekonsekwentnie, co może rodzić niepotrzebne wątpliwości interpretacyjne. Zasadnym wydaje się ujęcie wszystkich przepisów dedykowanych konkursom w jednym miejscu Projektu oraz wprowadzenie, w razie potrzeby, stosownych odesłań do przepisów ustawy regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

- (15) W opinii Kancelarii istotną kwestią jest również wyznaczenie przez Projektodawcę odpowiednio długiego okresu *vacatio legis*. W aktualnym kształcie Projekt zakłada, że nowe regulacje zaczęłyby obowiązywać od dnia 1 stycznia 2020 r., co biorąc pod uwagę czas potrzebny na ich uchwalenie, zakres oraz ciężar gatunkowy materii będącej przedmiotem regulacji oraz ewentualne, kolejne zmiany Projektu, które mogą się pojawić w toku procesu legislacyjnego, **może okazać się terminem zdecydowanie zbyt krótkim**. Tak krótki termin w praktyce może uniemożliwić zapoznanie się z nowymi regulacjami przez uczestników rynku zamówień publicznych, czego konsekwencją może być zaniechanie wszczynania nowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w dłuższej perspektywie czasowej. Jednocześnie odpowiednio długi *vacatio legis* jest jedną z podstawowych zasad „poprawnej legislacji” oraz urzeczywistnieniem zasady ochrony zaufania obywateli do państwa. W tym kontekście należy przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny uznał za nieodzowny element państwa prawnego, by adresaci nowo uchwalonych przepisów „dysponowali dostateczną ilością czasu na odpowiednie pokierowanie swoimi sprawami i dostosowanie się do zmienionej sytuacji prawnej” (zob. wyrok TK z 15 lipca 1996 r., K 5/96, OTK 1996, cz. II, s. 22). W związku z powyższym, mając na uwadze, iż aktualnie Projekt zakłada, że nowa ustawa wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2020 r., w ocenie Kancelarii termin ten powinien wynosić min. 3 miesiące od dnia uchwalenia nowej ustawy.
- (16) W odniesieniu do regulacji odnoszących się do ochrony danych osobowych, uzasadnienie projektu jest na tyle lakoniczne, że nie daje realnych wskazówek interpretacyjnych i stwarza ryzyko rozbieżnych wykładni. W naszej ocenie dla uniknięcia tego rodzaju wątpliwości wskazane jest odniesienie się przez ustawodawcę do kwestii podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych, w tym danych szczególnej kategorii, a także podstawy ewentualnego ujawnienia danych poza Europejski Obszar Gospodarczy i związanego z tym transferu danych.
- (17) W dalszej części niniejszego opracowania, przedstawiamy szczegółowe uwagi do wybranych przepisów ujętych w Projekcie.

III. Uwagi szczegółowe

Lp.	Projektowana regulacja	Uwagi
1.	<p>Art. 2 ust. 2. Do udzielania zamówień publicznych o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 30 000 euro, nie mniejszej jednak niż 50 000 złotych, przez zamawiających publicznych, a niewyłączonych z obowiązku stosowania ustawy, na podstawie przepisów niniejszego działu, które ze względu na swój rodzaj lub charakter mogą być skierowane do szerokiego grona wykonawców, przepisy ustawy stosuje wyłącznie w zakresie zamieszczania ogłoszeń, o których mowa w art. 415, oraz w zakresie sprawozdań o udzielonych zamówieniach publicznych.</p>	<p>Sugerujemy ujednoczenie treści przepisu w ten sposób, aby odwoływał się on do tej samej waluty.</p>
2.	<p>Art. 8 pkt 4. Ilekroć w ustawie jest mowa o: dostawach – należy przez to rozumieć nabywanie produktów, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.</p>	<p>Definicja dostawy odnosi się do produktów, natomiast ustawa nie zawiera definicji „produktu”. Na gruncie różnych ustaw, „produkt” jest definiowany w różny sposób, np. w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym lub w k.c.</p> <p>Posłużenie się terminem „produkt” może również wskazywać, że wykonawca powinien być jego producentem.</p> <p>Takie brzmienie tego przepisu stanowi powielenie treści analogicznej definicji ujętej m.in. w dyrektywie 2014/24/UE oraz dyrektywie 2015/25/UE, jednak abstrahuje od krajowych uwarunkowań oraz definicji istniejących w innych aktach prawnych.</p>

		Na tym tle szczególnie problematyczne może okazać się prawidłowe zakwalifikowanie sprzedaży praw oraz udzielenia licencji (np. do oprogramowania komputerowego), które na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy p.z.p. kwalifikowane są jako dostawy.
3.	Art. 8 pkt 25. Ilekroć w ustawie jest mowa o: udzieleniu zamówienia publicznego – należy przez to rozumieć nabycie przez zamawiającego, w drodze zamówienia publicznego, robót budowlanych, dostaw lub usług od wybranego wykonawcy.	<p>Takie zdefiniowanie „udzielenia zamówienia publicznego” prowadzi do wniosku, iż chodzi o moment wykonania a nie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W praktyce przedmiot zamówienia publicznego może bowiem zostać „nabyty” nawet na długo po zawarciu umowy (np. w przypadku nabycia praw autorskich do wytwarzanego oprogramowania).</p> <p>Ponadto, mając na uwadze definicję dostaw, zgodnie z którą dostawa oznacza „nabywanie produktów” definicja „udzielenia zamówienia publicznego” pozostawałaby z nią w logicznej sprzeczności.</p> <p>Sugerujemy wykreślenie definicji „udzielenia zamówienia publicznego” lub powiązanie jej z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (wydaje się, iż taka jest intencja Projektodawcy).</p>
4.	Art. 11. 1. Ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są: 3) usługi badawcze i rozwojowe objęte kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, chyba że spełnione są łącznie następujące warunki: a) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności,	Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 4. p.z.p.: <i>Ustawy nie stosuje się do: 3) zamówień, których przedmiotem są: e) usługi badawcze i rozwojowe, chyba że są one objęte kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, określonymi w rozporządzeniu (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 0001–0562; Dz. Urz. UE Polskie wydanie</i>

	<p>b) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający;</p>	<p><i>specjalne, rozdz. 6, t. 5, str. 3, z późn. zm.), zwanym dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, oraz jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: – korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności, – całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający.</i></p> <p>Zgodnie z art. 14 dyrektywy 2014/24/UE: <i>Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie jedynie do zamówień publicznych na usługi badawcze i rozwojowe objęte kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, pod warunkiem, że spełnione są oba poniższe warunki: a) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej na potrzeby jej własnej działalności; oraz b) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca.</i></p> <p>Proponowana zmiana wprowadza regulację wprost odwrotną, do tej wynikającej z dotychczasowej ustawy p.z.p., dotyczącą wyłączenia stosowania ustawy w przypadku usług badawczych i rozwojowych. Jest to rozwiązanie sprzeczne z dyrektywą 2014/24/UE. Ponadto, w uzasadnieniu nie ma wzmianki o powyższej zmianie, co może oznaczać, że zmiana w komentowanym przepisie jest wynikiem omyłki.</p> <p>Niemniej jednak, sugeruje się pozostawienie art. 4 pkt 3) lit. e) ustawy p.z.p. w dotychczasowym brzmieniu.</p>
--	--	---

<p>5.</p>	<p>Art. 18 ust. 6. Zamawiający udostępnia dane osobowe, o których mowa w art. 10 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 4.05.2016, str. 1, z późn. zm.7)), zwanego dalej „rozporządzeniem 2016/679”, w celu umożliwienia korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX, do upływu terminu na ich wniesienie.</p>	<p>W celu uniknięcia wątpliwości i zawężającej wykładni przepisu, rekomendujemy wskazanie uzupełnienie uzasadnienia projektu poprzez wskazanie, że udostępnienie innych danych, w tym danych, o których mowa w art. 9 RODO, jest możliwe bez konieczności wprowadzenia w tym zakresie odrębnej regulacji ustawowej.</p>
<p>6.</p>	<p>Art. 19 ust. 5. Zamawiający przetwarza dane osobowe zebrane w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zabezpieczenie przed ich bezprawnym rozpowszechnianiem</p>	<p>Obowiązek zapewnienia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, mających na celu zapewnienie odpowiedniego stopnia bezpieczeństwa, został określony w art. 32 RODO Wydaje się niecelowe tworzenie dodatkowej regulacji w tym zakresie.</p>
<p>7.</p>	<p>Art. 19 ust. 1. Zamawiający może realizować obowiązek informacyjny, o którym mowa w art. 13 ust. 1-3 rozporządzenia 2016/679, przez zamieszczenie wymaganych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.</p>	<p>W ramach postępowania o udzielenie zamówienia, dane osobowe zbierane są przez zamawiającego zarówno bezpośrednio od osoby, której dane dotyczą (np. w przypadku wykonawcy będącego osobą fizyczną) jak i w sposób pośredni (tak będzie z reguły w odniesieniu do członków personelu wykonawcy). Z tego względu proponuje się uzupełnić regulację o uprawnienie zamawiającego do wykonania obowiązku informacyjnego we wskazany w przepisie sposób także w przypadkach, o których mowa w art. 14 RODO.</p> <p>Alternatywnie proponuje się wyraźne i jednoznaczne wskazanie</p>

		<p>w uzasadnieniu nowelizacji, że w odniesieniu do pośredniego zbierania danych, obowiązek informacyjny należy uznać za wyłączony na podstawie art 14 ust. 5 lit c) RODO.</p>
8.	<p>Art. 20 ust. 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie, przez co należy rozumieć przy użyciu słów lub cyfr, które można odczytać i powielić, w tym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.</p>	<p>Takie brzmienie tego przepisu rodzi wątpliwości co do tego czy zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pisemnie czy przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W tym sensie projektowana regulacja może pozostawać w sprzeczności z postanowieniami dyrektywy 2014/24/UE oraz 2014/25/UE.</p> <p>Nadto, za bezcelowe należy uznać ograniczanie pisemności jedynie do słów lub cyfr (w takim wypadku za pisemne nie mogłyby bowiem zostać uznane np. grafiki lub obrazy dołączane przez wykonawców do oferty).</p> <p>W opinii Kancelarii taki zabieg w praktyce powoduje odejście od rozumienia formy pisemnej na gruncie k.c. (art. 78 k.c.), co nie znajduje uzasadnienia teoretycznego i praktycznego.</p>
9.	<p>Art. 20 ust. 3. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, oferty, oferty wstępnej lub innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.</p> <p>Art. 20 ust. 4. W przypadku zamówień udzielanych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie</p>	<p>Art. 20 ust. 4 zawiera błędne odesłanie do ust. 2 (należy sądzić, iż powinien do być ust. 3).</p> <p>Ponadto, sugerujemy zmianę projektowanych przepisów w ten sposób, aby w sytuacji, gdy zamawiający udzielający zamówienia na terenie RP dopuszczał możliwość składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, oferty, oferty wstępnej lub innych dokumentów w określonym języku obcym, wykonawcy nie byli zobowiązani do</p>

	<p>wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, ofert, lub innych dokumentów w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym zgodnie z ust. 2, wykonawca przedkłada wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeniem, ofertą, lub innym dokumentem tłumaczenie tego wniosku, oświadczenia, oferty, lub dokumentu na język polski.</p>	<p>przedkładania ich tłumaczeń na język polski.</p>
<p>10.</p>	<p>Art. 21. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, 1104, 1629, 2073 i 2244 oraz z 2019 r. poz. 80), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.</p>	<p>Sugerujemy wykreślenie tego przepisu.</p> <p>Wynika to z faktu, iż po pierwsze, normy zawarte w k.c. mają charakter uniwersalny i podlegają stosowaniu w określonym w nim zakresie niezależnie od tego czy wskazuje na to jakiś specjalny przepis prawny.</p> <p>Po drugie, poza k.c. do umów w sprawie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują także przepisy innych ustaw, którym poddany jest dany stosunek prawny.</p> <p>Po trzecie, relacja norm odnoszących się do umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych w ustawie p.z.p. w stosunku do norm k.c. na zasadzie <i>lex specialis - lex generalis</i> wynika już z samej ich specyfiki oraz umiejscowienia - nie jest zatem konieczne wyraźne wyartykułowanie tej zasady w przepisie prawnym.</p> <p>Po czwarte, cywilistyczny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz umowy zawartej w wyniku jego przeprowadzenia wynika z samej ich natury oraz z faktu, iż w polskim systemie prawa nie wykształciła się koncepcja tzw. umowy</p>

		administracyjnej znanej np. prawu francuskiemu lub niemieckiemu.
11.	Art. 48 ust. 1 Udzielanie zamówień, zawieranie umów ramowych, ustanawianie dynamicznych systemów zakupów lub przeprowadzanie konkursów może być realizowane przez centralnego zamawiającego, którym jest zamawiający prowadzący stałą działalność w zakresie: (...)	<p>Sugerujemy modyfikację tego przepisu tak, aby centralny zamawiający nie musiał prowadzić „na stałe” działalności określonej w art. 48.</p> <p>Istnieje bowiem ryzyko, że przepis ten, w jego obecnym kształcie, uniemożliwi powoływanie jako centralnych zamawiających podmiotów, które prowadzą także inne rodzaje działalności.</p> <p>W opinii Kancelarii może istnieć potrzeba powołania centralnego zamawiającego <i>ad hoc</i>, na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.</p>
12.	Art. 60 ust. 1. W przypadku zamówienia na roboty budowlane lub usługi, którego wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1000000 euro, do nadzoru nad realizacją udzielonego zamówienia powołuje się zespół osób, zwany dalej „zespołem”.	<p>Rekomendujemy, aby obowiązek powoływania zespołu dotyczył również zamówień na dostawy.</p> <p>Przykładowo, powoływanie takiego zespołu jest szczególnie korzystne w projektach informatycznych (np. w przypadku zamówień na dostawę oprogramowania), które ze względu na swą specyfikę oraz wysoki stopień skomplikowania wymagają stałego nadzoru oraz współpracy ze stronie zamawiającego.</p> <p>Powołanie zespołu, który po stronie zamawiającego będzie uczestniczył w realizacji zamówienia oraz posiada odpowiednią, techniczną wiedzę na temat przedmiotu zamówienia sprzyja również zwinnemu prowadzeniu projektów (wg metodyk agile).</p>
13.	Art. 65. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o	Sugerujemy wykreślenie tego przepisu ze względu na fakt, iż wprowadza on nadmiarowe uprawnienia zamawiającego.

	<p>udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących:</p> <p>1) zamówień na roboty budowlane lub usługi;</p> <p>2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.</p>	<p>Przepis ten wydaje się także bezcelowy, biorąc pod uwagę solidarną odpowiedzialną wykonawców wspólnie realizujących umowę, której źródłem jest art. 474 Projektu.</p> <p>Nadto, przepis ten, przez swoją restrykcyjność, może ograniczać dostęp do rynku zamówień publicznych dla podmiotów z sektora MŚP oraz nowopowstałych.</p>
<p>14.</p>	<p>Art. 68 ust. 2. Komunikacja ustna oraz przy użyciu narzędzi i urządzeń innych niż środki komunikacji elektronicznej, dopuszczalna jest wyłącznie w odniesieniu do informacji, które nie dotyczą dokumentów zamówienia, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, potwierdzenia zainteresowania i ofert lub prac konkursowych, o ile treść przekazywanych informacji lub streszczenie ich istotnych elementów znajduje odzwierciedlenie w dokumencie załączanym do protokołu, w szczególności podlega udokumentowaniu informacja, która może mieć wpływ na treść i ocenę oferty.</p>	<p>W celu uniknięcia wątpliwości sugerujemy, aby przepis ten dopuszczał komunikację ustną również w odniesieniu do negocjacji oraz spotkań z wykonawcami prowadzonych przez zamawiającego.</p>
<p>15.</p>	<p>Art. 83 ust. 3. Dostęp do danych osobowych, o których mowa w art. 10 rozporządzenia 2016/679, jest możliwy tylko w celu korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX, do upływu terminu na ich wniesienie.</p> <p>Art. 83 ust. 5. Udostępnianie, o którym mowa w ust. 1 i 2, ma zastosowanie do wszystkich danych</p>	<p>Nie jest jasne z jakiego względu ustawodawca wyłącza możliwość udostępnienia danych „wrażliwych” z przyczyn związanych z korzystaniem ze środków ochrony prawnej (nie wynika to też z uzasadnienia projektu). Udostępnienie danych osobowych w tym celu wydaje się znajdować uzasadnienie w art. 9 ust. 2 pkt f) i g) RODO.</p> <p>Z tego względu, w celu ograniczenia przypadków dopuszczalnego ujawnienia takich danych, a jednocześnie wprowadzeniu</p>

	<p>osobowych, z wyjątkiem danych, o których mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, zebranych w toku postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu. Ograniczenia zasady jawności, o których mowa w ust. 4 i art. 18 ust. 3-5, stosuje się odpowiednio.</p>	<p>ograniczenia celów, dla których takie udostępnienie jest możliwe, proponujemy rozszerzyć wprowadzone ograniczenie w art. 83 ust. 3 także o dane szczególnej kategorii, o których mowa w art. 9 ust 1 RODO, przy jednoczesnym utrzymaniu w odniesieniu do nich uregulowania ust. 5 zdanie ostatnie, zawierającego odwołania do ust. 4 oraz art. 18 ust. 3 – 5.</p>
<p>16.</p>	<p>Art. 84 W przypadku korzystania przez osobę, której dane osobowe są przetwarzane przez zamawiającego, z uprawnienia, o którym mowa w art. 15 ust. 1-3 rozporządzenia 2016/679, zamawiający może żądać od osoby występującej z żądaniem wskazania dodatkowych informacji, mających na celu sprecyzowanie nazwy lub daty zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.</p>	<p>Wykładnia projektowanego przepisu może sugerować, że zamawiający będzie uprawniony do pozyskiwania od osoby występującej z żądaniem, wyłącznie informacji dotyczących nazwy lub daty zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Sugeruje się odstąpienie od enumeratywnego wyliczenia informacji, które mogą być pozyskiwane w celu potwierdzenia okoliczności niezbędnych do realizacji żądań podmiotów danych.</p>
<p>17.</p>	<p>Art. 92 ust. 1. Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia sporządza analizę potrzeb i wymagań.</p>	<p>Przepis ten, poprzez posłużenie się określeniem „sporządza” oraz ze względu na zasadę pisemności, która obowiązuje w postępowaniu, sugeruje, że zamawiający każdorazowo zobowiązany będzie do opracowania analizy potrzeb i wymagań zawierającej elementy wymienione w art. 92 w formie rozbudowanej dokumentacji.</p> <p>W związku z powyższym, w opinii Kancelarii:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. nie jest jasne w jakiej formie analiza ta powinna zostać przeprowadzona i utrwalona; 2. Projekt nie przewiduje skutków oraz sankcji wynikających z niedopełnienia tego obowiązku.

		W związku z powyższym istnieje ryzyko, że przepis ten będzie w praktyce przepisem martwym lub łatwo „obchodzonym” przez zamawiających.
18.	Art. 102 ust. 3. Niedopuszczalne są zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, które mogą wpływać na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, w szczególności w istotny sposób zmieniające charakter lub zakres zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym.	<p>Projektowana regulacja w bardzo istotny sposób ogranicza zakres dopuszczalnych zmian treści ogłoszenia o zamówieniu i np. prowadzi do absurdalnego skutku polegającego na uniemożliwieniu zwiększenia konkurencyjności postępowania w jego trakcie. Wydaje się przy tym, iż choć zgodnie z uzasadnieniem Projektu, przepis ten realizuje postulat wyrażony w motywie 81 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, to jednak intencją prawodawcy unijnego nie było zawężanie konkurencyjności postępowań (taki wniosek wypływa również z wyroku TSUE z dnia 5 kwietnia 2017 r., w sprawie C-298/15, <i>Borta' UAB vs Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ</i>, ECLI:EU:C:2017:266).</p> <p>Ponadto, proponowana regulacja może uniemożliwić składanie odwołań od treści ogłoszenia w przypadku, nieproporcjonalnych, ograniczających konkurencję postanowień. Zamawiający może się zasłaniać zakazem zmiany ogłoszenia zmieniającym krąg wykonawców.</p>
19.	Art. 110 ust. 5. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z zastrzeżeniem art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3.	W odniesieniu do ust. 5 wydaje się, iż przepis ten powinien zawierać odesłanie do art. 111 ust. 2 pkt 2 i 3, a nie jak ma to miejsce w Projekcie – do art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3.
20.	Art. 110 ust. 10. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje	Takie brzmienie tego przepisu może prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy będą załączali do oferty skan pisemnej gwarancji wadialnej lub poręczenia.

	<p>zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.</p>	<p>Sugerujemy, aby doprecyzować ten przepis w ten sposób, że gwarancja wadialna lub poręczenie wymaga formy elektronicznej (z kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci komunikatu SWIFT).</p> <p>Niezależnie od powyższego, Kancelaria stoi na stanowisku, że wymóg określonej formy dla gwarancji bankowej lub poręczeń jest nadmiarowy z uwagi na fakt, iż środki służą jedynie zabezpieczeniu interesu zamawiającego, a nie stanowią części wniosku lub oferty wykonawcy, a ponadto kwestia formy tych dokumentów jest odrębnie uregulowana w odpowiednich przepisach (np. w prawie bankowym).</p>
<p>21.</p>	<p>Art. 111 ust. 4. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 110 ust. 7 pkt 2 i 3, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:</p> <p>2. wykonawca, którego oferta została wybrana:</p> <p>a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,</p> <p>b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;</p> <p>3. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.</p>	<p>W opinii Kancelarii dalsze utrzymywanie w mocy przesłanek zatrzymania wadium określonych w ust. 2 jest niezasadne, ponieważ zawierają się one w ust. 3.</p>

<p>22.</p>	<p>Art. 113 ust. 5. Zamawiający może określić przedmiotowe środki dowodowe, jakie mogą wykorzystać wykonawcy w celu udowodnienia równoważności.</p>	<p>W opinii Kancelarii, przepis ten rodzi wątpliwości co do tego, kto (zamawiający czy wykonawca) powinien określać kryteria równoważności. W szczególności wątpliwość ta powstaje w zestawieniu z projektowanym art. 117 ust. 6, zgodnie z którym ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy oraz dotychczasowym orzecznictwem KIO w zakresie art. 29 ust. 3 aktualnie obowiązującej ustawy p.z.p.</p> <p>Sugerujemy ponadto doprecyzowanie tego przepisu w ten sposób, aby było jasne czy w przypadku określenia przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych służących wykazaniu równoważności, wykonawcy są zobowiązani czy jedynie uprawnieni do ich przedstawienia. W ocenie Kancelarii nakładanie takich obowiązków na wykonawców może w istotny sposób ograniczać możliwość wykazania przez nich równoważności.</p>
<p>23.</p>	<p>Art. 117 ust. 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w jeden z następujących sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych:</p> <p>1) przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia (...)</p>	<p>Obowiązek każdorazowego uwzględniania w OPZ wymagań środowiskowych w ramach wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych należy uznać za nadmiarowy – w bardzo wielu przypadkach nie będzie on bowiem adekwatny do przedmiotu zamówienia.</p> <p>Sugerujemy zmianę tego przepisu w ten sposób, aby określanie wymagań środowiskowych nie było obligatoryjnym elementem OPZ w ramach wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych.</p>
<p>24.</p>	<p>Art. 120. 1 Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z</p>	<p>Sugerujemy wykreślenie ust. 2. W obecnym kształcie przepis ten</p>

	<p>ofertą.</p> <p>2. Jeżeli nie jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać złożenia od wykonawcy, któremu zamierza udzielić zamówienia, wszystkich lub niektórych przedmiotowych środków dowodowych, wyznaczając odpowiedni termin na ich złożenie, nie krótszy niż 10 dni.</p>	<p>powoduje bowiem istotne wątpliwości interpretacyjne.</p> <p>Nie określa bowiem precyzyjnie „co” może być niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania.</p> <p>Nadto, może on prowadzić do sytuacji, w której przedmiotowe środki dowodowe stanowiące część składanej oferty (np. w przypadku, w którym cechy oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych podlegałyby ocenie w ramach kryteriów oceny ofert) byłyby składane już po złożeniu oferty, co w sposób oczywisty naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji.</p>
<p>25.</p>	<p>Art. 123 ust. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:</p> <p>2. który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy:</p> <p>a) będącego osobą fizyczną skazanego prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku na podstawie art. 181-188 Kodeksu karnego lub za przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową na podstawie art. 218-221 Kodeksu karnego, lub odpowiednio na podstawie przepisów miejsca zamieszkania lub siedziby danego wykonawcy,</p> <p>b) będącego osobą fizyczną prawomocnie skazanego za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych,</p>	<p>Z przepisu tego wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest łączne naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy.</p> <p>Sugerujemy zastąpienie koniunkcji („i”) alternatywą nierozłączną („lub”).</p>

	<p>c) wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z zakresu prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych.</p>	
26.	<p>Art. 123 ust. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:</p> <p>6. jeżeli ma uzasadnione podstawy, aby stwierdzić, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.</p>	<p>Sugerujemy zmianę tego przepisu.</p> <p>W obecnym kształcie przyznaje on bowiem zamawiającym zbyt dużą dowolność, ponieważ daje podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie w przypadku faktycznego zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, lecz wyłącznie w przypadku wystąpienia „uzasadnionej podstawy stwierdzenia” zawarcia takiego porozumienia.</p> <p>Należy także sądzić, iż w takim kształcie przepis ten pozostaje w sprzeczności z art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 dyrektywy 2014/25/UE.</p> <p>Ponadto, w opinii Kancelarii kwestia ta została w wystarczający sposób opisana w orzecznictwie i doktrynie w zakresie dowodzenia zmów przetargowych i nie wymaga zmiany regulacji ustawowej.</p>
27.	<p>Art. 124 ust. 2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 122 pkt 1 i 2 lub art. 123 ust. 1 pkt 2–11, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:</p> <p>1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem lub nieprawidłowym</p>	<p>Przepis ten w obecnym kształcie powoduje, że niezależnie od podstawy wykluczenia, w celu przeprowadzenia procedury „samooczyszczenia” wykonawca będzie musiał podjąć wszystkie środki określone w art. 124 ust. 2. W wielu przypadkach może się to okazać nieproporcjonalne (np. obowiązek naprawienia szkody w</p>

	<p>postępowaniem wykonawcy, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniędzy;</p> <p>2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem lub nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z organami ścigania lub zamawiającym;</p> <p>3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym, lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.</p>	<p>przypadku likwidacji lub ogłoszenia upadłości wykonawcy).</p> <p>Sugerujemy zatem, aby poszczególne środki dowodowe nie musiały być stosowane przez wykonawców łącznie, lecz odpowiednio do poszczególnych przesłanek wykluczenia.</p>
<p>28.</p>	<p>Art. 153. ust. 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.</p>	<p>Projektowana regulacja w bardzo istotny sposób ogranicza zakres dopuszczalnych zmian treści SWZ i np. prowadzi do absurda skutku polegającego na uniemożliwieniu zwiększenia konkurencyjności postępowania w jego trakcie. Wydaje się przy tym, iż choć zgodnie z uzasadnieniem Projektu, przepis ten realizuje postulat wyrażony w motywie 81 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, to jednak intencją prawodawcy</p>

		<p>unijnego nie było zawężanie konkurencyjności postępowań.</p> <p>Ponadto, proponowana regulacja może uniemożliwić składanie odwołań od treści ogłoszenia w przypadku, nieproporcjonalnych, ograniczających konkurencję postanowień. Zamawiający może się zasłaniać zakazem zmiany ogłoszenia zmieniającym krąg wykonawców.</p> <p>Należy podkreślić, iż w praktyce przepis ten wprowadza istotnie większe ograniczenia niż ma to miejsce w przypadku art. 102 ust. 3 dot. ogłoszenia, ponieważ dowolna zmiana merytoryczna w OPZ lub w warunkach umowy może teoretycznie wpłynąć na krąg zainteresowanych podmiotów.</p>
29.	<p>Art. 205. Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty może, w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie, negocjować z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub dyskryminacji wykonawców.</p>	<p>Sugerujemy doprecyzowanie tego przepisu ze względu na fakt, iż nie określa on jednoznacznie co może podlegać negocjacom oraz jaki jest ich cel – w świetle tego przepisu negocjacje mają bowiem na celu „potwierdzenie zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie.” Powstaje więc pytanie po co potwierdzać warunki, które i tak zostały zdefiniowane ofertą?</p> <p>Ponadto, nie wiadomo jaki byłby skutek nieosiągnięcia porozumienia w trakcie takich negocjacji.</p>
30.	<p>Art. 235. Zamówienia udziela się na podstawie kryteriów oceny ofert gwarantujących obiektywne porównanie relatywnej wartości ofert w warunkach konkurencji w celu ustalenia, która z ofert jest najkorzystniejsza.</p>	<p>Sformułowanie „relatywnej wartości ofert w warunkach konkurencji” jest nieprecyzyjne w związku z czym może powodować rozbieżności interpretacyjne.</p>
31.	<p>Art. 244. 1. Zamawiający publiczni oraz ich związki nie stosują</p>	<p>Projektodawca w ustępie 1 określił ogólną zasadę, iż zamawiający</p>

	<p>kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo kryterium o wadze przekraczającej 60%.</p> <p>2. Zamawiający publiczni oraz ich związki, mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określi w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia oraz jeżeli określi maksymalny koszt, jaki może ponieść zamawiający lub inni użytkownicy w odniesieniu do co najmniej jednego istotnego czynnika związanego z użytkowaniem, użytkowaniem, utrzymaniem lub utylizacją oddziałującego na koszty cyklu życia przedmiotu zamówienia.</p>	<p>publiczni oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, a w ustępie 2 wskazał wyjątki, kiedy może takie kryterium zastosować. Ustęp 1 staje się niepotrzebny, ponieważ z ust. 2 można wywnioskować zarówno zasadę jak i wyjątek. Tego rodzaju dublowanie norm jest sprzeczne z zasadami techniki prawodawczej oraz zwiększa obszerność ustawy.</p>
<p>32.</p>	<p>Art. 255 ust. 6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają wystarczająco niskiej ceny lub kosztu tej oferty albo wykonawca narusza przepisy lub obowiązek, o których mowa w ust. 3.</p>	<p>Odesłanie do obowiązku, o którym mowa w ust. 3 jest niezrozumiałe, ponieważ ust. 3 nie wprowadza żadnego obowiązku.</p>
<p>33.</p>	<p>Art. 257. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:</p> <p>2) została złożona przez wykonawcę:</p> <p>c. który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganego oświadczenia, o którym mowa w art. 139 ust. 1, podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego niepodleganie wykluczeniu lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,</p>	<p>Przepis ten wymaga uzupełnienia adekwatnie do treści art. 272 poprzez wyraźne przewidzenie obowiązku odrzucenia oferty w przypadku niezłożenia przez wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych.</p>

	pełnomocnictwa lub innych dokumentów;	
34.	Art. 282. Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.	<p>Z przepisu tego wynika bardzo daleko idące uprawnienie zamawiającego, które być nadużywane i powodować po stronie wykonawców niepotrzebne koszty związane z uczestniczeniem w postępowaniu, które zamawiający może w bardzo prosty sposób unieważnić.</p> <p>Przepis ten nie jest również spójny z dotychczasowym orzecznictwem w zakresie podstaw unieważnienia postępowania, w których sformułowano zasadę, zgodnie z którą zasadniczym celem prowadzenia postępowania jest zawarcie umowy, a odstępstwa od tego celu mają charakter wyjątkowy.</p>
35.	Art. 383 ust. 3. Zamawiający żąda od wykonawcy podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert.	<p>Sugerujemy zmianę tego przepisu w sposób analogiczny do treści art. 140 ust. 1 Projektu, tj. tak aby podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawców w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, były aktualne na dzień ich złożenia.</p> <p>W opinii Kancelarii brak jest bowiem podstaw do odrębnego traktowania w tym aspekcie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.</p>
36.	Art. 486. ust. 2: W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a) („Zamawiający może odstąpić od umowy w okresie wykonywania umowy, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: a) dokonano zmiany umowy z naruszeniem art. 483 i art. 484”), zamawiający odstępuje od umowy w całości lub w części, której zmiana dotyczy.	Zgodnie z obecnym brzmieniem art. Art. 144 ust. 2 Pzp: <i>Postanowienie umowne zmienione z naruszeniem ust. 1–1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu. Na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzi postanowienie umowne w pierwotnym brzmieniu.</i>

		<p>Wprowadzany przepis umożliwiający unieważnienie całej umowy w wyniku dokonania jej zmiany w sposób niezgodny z ustawą wydaje się być nieproporcjonalnie restrykcyjny dla wykonawcy.</p> <p>Sugeruje się pozostawienie przedmiotowego przepisu w aktualnym brzmieniu.</p>
37.	<p>Art. 548. ust. 1. W przypadku nieuiszczenia wpisu w terminie, o którym mowa w art. 547 ust. 1, oraz po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w art. 547 ust. 1, Prezes Izby zwraca odwołanie w formie postanowienia.</p> <p>ust. 2. Odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.</p> <p>Art. 555. ust. 4. Na postanowienie o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga.</p>	<p>Zdaniem Kancelarii w Projekcie należałoby przewidzieć odpowiedni środek zaskarżenia postanowień w przedmiocie zwrotu odwołania oraz niedopuszczenia przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego.</p>
38.	<p>Art. 606. W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.</p>	<p>W opinii Kancelarii, zakaz zawarcia umowy powinien obowiązywać do upływu terminu na wniesienie skargi do sądu.</p> <p>W przypadku wniesienia skargi do sądu, z jednoczesnym wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia w postaci zakazu zawarcia umowy na czas trwania postępowania przed sądem okręgowym, do sądu należałoby podjęcie decyzji w przedmiocie uwzględnienia lub oddalenia wniosku.</p> <p>Sugerujemy również wprowadzenie, obok zakazu zawarcia umowy, również zakazu dokonania czynności otwarcia ofert do czasu ogłoszenia</p>

		<p>przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.</p> <p>Kancelaria wskazuje również na zasadność uprawnienia KIO do rozstrzygnięcia w przedmiocie innych form zabezpieczenia, wnioskowanych przez Odwołujących, jak np. zakaz wyboru najkorzystniejszej oferty do ogłoszenia wyroku.</p>
39.	<p>Art. 620 ust. 2: <i>Przed rozpoznaniem wniosku przez Izbę droga sądowa jest niedopuszczalna.</i></p>	<p>Sformułowanie tego przepisu nastręcza wątpliwości czy aby przepis ten nie wyłączy możliwości zawierania ugód sądowych w postępowaniu zainicjowanym na podstawie art. 184 k.p.c. m.in. w sytuacji, gdy strony gotowe są zawrzeć ugodę i koszty przeprowadzenia postępowania ugodowego w trybie art. 184 k.p.c. nie przekroczą aktualnie kwoty 300 zł. Wskazać należy, że niejednokrotnie strony decydują się na zawarcie ugody w oparciu o wniosek z art. 184 k.p.c. ze względu na jego niski koszt.</p> <p>Postuluje się doprecyzowanie przepisu poprzez nadanie mu tytułem przykładu następującego brzmienia: „Przed rozpoznaniem wniosku przez Izbę pozew podlega odrzuceniu”</p>
40.	<p>Art. 630 ust. 1: „(...) w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 14 dni”</p>	<p>Zakreślony termin co najmniej 14 dni wydaje się za długi w kontekście szybkości przeprowadzenia postępowania koncyliacyjnego. W analogicznej sytuacji k.p.c. przewiduje termin 7 dniowy. Termin 14 dniowy, w sytuacji konieczności awizowania wezwania może doprowadzić do ponad miesięcznej obstrukcji postępowania, która będzie związana tylko z uzupełnieniem wniosku.</p>

		<p>Może to wpływać niekorzystnie na blokowanie roszczenia drugiej strony umowy.</p> <p>Postuluje się wprowadzenie 7 dniowego terminu.</p>
41.	Art. 648 ust. 2: „W terminie 30 dni (...)	<p>Zakreślony termin 30 dni wydaje się za długi w kontekście propozycji zmian do projektu ugody lub jej odrzucenia. Wskazać należy, że k.p.c. przewiduje termin 14 dni na sporządzenie merytorycznego środka zaskarżenia.</p> <p>Termin 7 lub maksymalnie 14 dniowy wydaje się wystarczający dla wskazanej czynności i przyczyni się do przyśpieszenia rozpoznania sprawy oraz do posiadania wiedzy o aktualnej sytuacji procesowej zainteresowanych storn.</p>
42.	Art. 655: „Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia wysokość i sposób pobierania opłaty”	<p>Ze względu na to, że przedmiotowe postępowanie może zakończyć się po przeprowadzeniu dłuższego postępowania dowodowego nieumotywowaną odmową zawarcia ugody określenie opłaty od wniosku powinno uwzględniać to, że zainteresowana strona będzie musiała w celu uzyskania realnej ochrony swoich roszczeń uiścić opłatę sądową od pozwu w wysokości 5% wartości przedmiotu sporu (przeważnie 100.000,00 zł przy realizacji umów będących przedmiotem zainteresowania postępowania koncyliacyjnego).</p> <p>W ocenie Kancelarii przepisy rozporządzenia powinny zakreślić opłatę maksymalną od wniosku w wysokości istotnie niższej niż opłata maksymalna w postępowaniu cywilnym, np.: na poziomie ¼ opłaty maksymalnej właściwej dla postępowania sądowego o roszczenie pieniężne.</p>

43.	Brak przepisów regulujących kwestie dochodzenia odszkodowania przez wykonawców.	<p>W opinii Kancelarii, należy umożliwić wykonawcom dochodzenie roszczeń odszkodowawczych wynikających z utraty szansy na uzyskanie zamówienia spowodowanej niezgodnym z prawem działaniem zamawiającego.</p> <p>Roszczenie powinno być składane wraz ze skargą do Sądu Okręgowego, czyli po wyczerpaniu środków odwoławczych przed KIO.</p> <p>Jednocześnie sugerujemy, aby odszkodowanie było przyznawane w stosunku % od wartości przedmiotu zamówienia.</p>
44.	Rozproszenie przepisów dotyczących zamówień sektorowych, które znajdują się na początku ustawy oraz w dziale IV „Zamówienia sektorowe”, co powoduje, że ustawa staje się mniej czytelna. Aby dokonać wykładni przepisów sektorowych trzeba przeanalizować różne części ustawy.	Sugerujemy wyodrębnienie zamówień sektorowych i ujęcie ich w odrębnej ustawie.
45.	Niektóre przesłanki wykluczenia odnoszą się do prawomocnego skazania na podstawie konkretnych przepisów kodeksu karnego.	<p>Takie sformułowanie przepisu znacznie utrudnia zastosowanie przedmiotowych przesłanek do wykonawców zagranicznych.</p> <p>Sugerujemy określenie katalogu czynów zabronionych analogicznie do treści dyrektyw unijnych.</p>
46.	Brak definicji oferty.	<p>Sugerujemy zdefiniowanie pojęcia „oferty”, jako jednego z kluczowych w prawie zamówień publicznych, a wciąż budzącego spory interpretacyjne.</p> <p>W doktrynie i orzecznictwie wyróżnia się bowiem szerokie i wąskie rozumienie pojęcia „oferta”.</p>

MARUTA \

		Definicja wynikająca z art. 69 jest więc w tym kontekście dalece niewystarczająca.
--	--	--