

Decyzja

Prezydium KK

nr 27/19

ws. opinii o projekcie ustawy *Prawo zamówień publicznych*

Prezydium KK NSZZ „Solidarność” zgłasza następujące uwagi do *projektu ustawy Prawo zamówień publicznych* z dnia 21.01.2019 roku (UD 472).

Prezydium KK wyraża uznanie dla trybu tworzenia nowego *Prawa zamówień publicznych*, który w naszej ocenie powinien być standardem konsultacji społecznych. Ministerstwo Gospodarki, a później Przedsiębiorczości i Technologii, oraz Urząd Zamówień Publicznych wsluchały się w postulaty środowisk związanych z zamówieniami publicznymi, rozważyły je z uwagą i wprowadziły do nowej ustawy wiele z zaproponowanych przez partnerów społecznych rozwiązań. Stanowi to niewątpliwie ogromną wartość dodaną opiniowanego projektu ustawy i wpływa pozytywnie na jakość efektu końcowego.

Zamówienia publiczne funkcjonują na styku sfery publicznej i prywatnej i odnoszą się do wszystkich obszarów gospodarki. Poprzez realizację usług dla ludności dotyczą praktycznie każdego z nas. Na podstawie przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych* (dalej Pzp) prawie 34 tysiące podmiotów publicznych kupuje towary i usługi, z których korzystają wszyscy mieszkańcy naszego kraju. Wartość zamówień udzielanych w procedurach przewidzianych w Pzp stanowiła w 2017 roku 8,23% PKB, czyli ponad 160 mld zł. Podobna kwota pieniędzy publicznych wydatkowana jest nadal poza ustawą Pzp. W ocenie NSZZ „Solidarność” należy nadal dążyć do objęcia jak największej liczby zamówień przepisami ustawy. Niestety, w tym zakresie przedstawiony projekt nie spełnia pokładanych oczekiwań i pozostawia poza regulacją ustawową bardzo dużą kwotę zamówień sektorowych oraz w dziedzinie obronności poniżej progów europejskich bez szczegółowych przepisów.

Prawo zamówień publicznych jest bardzo obszerną i skomplikowaną dziedziną. Ustawa jest stosowana zarówno przez zamawiających posiadających w swoich strukturach wieloosobowe działy zamówień publicznych oraz licznych prawników, jak również przez małe podmioty udzielające zamówień sporadycznie bądź jedynie o niskiej wartości, a przez to - nie posiadające wyspecjalizowanych służb. Dlatego też ustawa powinna być przejrzysta i napisana prostym, zrozumiałym językiem. Tymczasem przedstawiony projekt ma skomplikowaną strukturę z licznymi odniesieniami. W naszej ocenie należy dążyć do

stworzenia aktu prawnego, który w poszczególnych obszarach będzie kompleksowo przedstawiał zbiór przepisów go regulujących, bez wątpliwości interpretacyjnych czy dany wymóg odnosi się do danej grupy zamówień, czy też nie. Należy również zwrócić uwagę na stosowane w projekcie nazewnictwo i ujednoczyć je np. w obszarze definicji robót budowlanych i spójności z prawem budowlanym oraz chociażby w nazewnictwie dotyczącym publikacji ogłoszeń („strona na której prowadzone jest postępowanie”, „strona postępowania”, „profil nabywcy”, „strona internetowa zamawiającego”- wszystkie te określenia pojawiają się w projekcie). Projekt nie wskazuje również, czy podane różnego rodzaju progi są wartościami netto czy brutto. Utrudnieniem praktycznym w stosowaniu ustawy jest również podawanie wartości w euro oraz w złotych.

Związek pozytywnie ocenia wprowadzenie jednolitej regulacji dla zamówień klasycznych poniżej progu europejskiego. Do tej pory zamówienia te były różnorodnie traktowane przez zamawiających, którzy regulowali ich udzielanie w mniej lub bardziej rygorystycznych regulaminach. Zaproponowany w projekcie tryb podstawowy oraz negocjacyjny i partnerskie tryby udzielania zamówień zdecydowanie uporządkują procedury poniżej progu europejskiego. W art. 408 ustalającym zakres stosowania nowych procedur, dla zwiększenia przejrzystości i łatwości stosowania przepisów ustawy, proponujemy wskazanie konkretnych numerów artykułów, które należy wziąć pod uwagę dla tej grupy zamówień.

Pozytywnie na stopień profesjonalizacji oraz jakość udzielanych zamówień wpłynie z pewnością wprowadzenie analizy potrzeb zamawiającego, która przewiduje również możliwość uwzględnienia aspektów społecznych i środowiskowych. Zwiększenia udziału zrównoważonych zamówień publicznych nie sposób osiągnąć poprzez ostre nakazy ustawowe. Proponowana w projekcie analiza ma na celu obowiązkowe rozważenie przez zamawiającego możliwości zastosowania elementów społecznych i środowiskowych w zamówieniu. Ogromną rolę w zwiększeniu ich stosowania spełnia Urząd Zamówień Publicznych (dalej UZP), który powinien promować tego typu rozwiązania poprzez szkolenia zamawiających oraz publikację dobrych praktyk. Działania, które do tej pory wykonywał Urząd, są dalece niewystarczające i nie powodują zwiększenia wrażliwości społecznej czy środowiskowej zamawiających.

W ocenie NSZZ „Solidarność” należy powrócić do poprzedniego brzmienia tzw. wymogu zatrudnienia opartego o odwołanie do art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 917, 1000, 1076, 1608 i 1629). W zaproponowanym w projekcie brzmieniu nie uwzględniono jednego z elementów charakterystycznych dla stosunku pracy, a mianowicie wynagrodzenia. Rezygnacja z odwołania do przepisów

Kodeksu pracy może spowodować trudności w korzystaniu z bogatego orzecznictwa sądów pracy, które w sytuacjach spornych dotyczących interpretacji czy wykonywanie danych czynności nosi znamiona stosunku pracy czy też nie, jest niezastąpione. Ponadto, wprowadzeniu wymogu zatrudnienia w 2016 roku przyświecało przede wszystkim zwrócenie uwagi na kwestie przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień, co - dzięki bezpośredniemu odwołaniu do Kodeksu pracy - jest jeszcze bardziej wzmocnione. Brak jest w uzasadnieniu do ustawy przesłanek zmiany tego przepisu. Natomiast z pewnością zmiana ta nie wpłynie korzystnie na problemy interpretacyjne, które zgłaszają zamawiający i wykonawcy. Co więcej, w ocenie Związku jest to krok wstecz i spowoduje ponowne otwarcie dyskusji dotyczących czynności, o których mowa w nowym art. 108.

Zdecydowanie pozytywnie należy ocenić rozszerzenie wymogu zatrudnienia na zamówienia poniżej progów europejskich dla zamówień klasycznych oraz na zamówienia na usługi społeczne, dla których próg ten jest na bardzo wysokim poziomie 750 000 euro. Dotychczas luka ta była szczególnie rażąco wykorzystywana przez zamawiających dla omijania wymogu zatrudnienia przy zamówieniach na usługi dozoru i ochrony. Natomiast prace wykonywane przez pracowników ochrony noszą wszystkie charakterystyczne znamiona stosunku pracy wymieniane w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

Nadal nie można jednoznacznie powiedzieć, iż przestrzeganie prawa pracy i odpowiednie zatrudnianie są zasadami towarzyszącymi pieniądзом publicznym, o co apelują partnerzy społeczni Rady Dialogu Społecznego. Obecnie, według sygnałów zgłaszanych przez struktury naszego Związku, głównie w branżach budownictwa, ochrony oraz utrzymania czystości, wymóg zatrudnienia jest ciągle traktowany po macoszemu jak przykry obowiązek. Przede wszystkim obserwujemy nieproporcjonalność w egzekwowaniu i kontroli realizacji umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Zasadą jest, że zamawiający nie sprawdzają czy pracownicy wykonawcy rzeczywiście są zatrudniani tak jak zostało to określone w dokumentacji zamówienia, a przecież jest to również elementem umowy. Postulujemy o uruchomienie działań edukacyjnych dotyczących obszaru kontroli przestrzegania wymogu zatrudnienia. Prezydium KK postuluje również wprowadzenie obowiązkowej kontroli przestrzegania wymogu zatrudnienia dla kontraktów długoterminowych, trwających 12 miesięcy i powyżej. Kontrola ta, w naszej ocenie, mogłaby być przeprowadzana na podstawie rozmów lub anonimowych ankiet zwłaszcza wśród pracowników wykonawcy wykonujących usługi w siedzibie zamawiającego (np. przy utrzymaniu czystości i ochronie). W przypadku wątpliwości zamawiający może wnioskować o przeprowadzenie szczegółowej kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy. Konieczne są

działania niejako przypominające zamawiającym, iż wymóg zatrudnienia jest takim samym warunkiem umowy jak pozostałe kwestie w niej określone i nie można pozostawiać go poza rzeczywistą kontrolą i obszarem zainteresowań zamawiającego. Dodatkowym problemem związanym z wymogiem zatrudnienia jest odpowiednia jego redakcja, uwzględniająca wszystkich pracowników a nie jedynie kilku, wykonujących dane czynności, oraz określenie wielkości etatu. Do Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność” cały czas wpływają sygnały dotyczące zatrudnienia cząstkowego (1/8 czy nawet 1/32 etatu) jedynie dla spełnienia wymogu zatrudnienia. Konieczne jest zwrócenie uwagi instytucji kontrolnych na ten problem i organizacja odpowiednich szkoleń. W zakresie sposobu realizacji umów o zamówienia publiczne jednostek samorządu terytorialnego pomocna byłaby w szczególności współpraca z Regionalnymi Izbami Obrachunkowymi.

W projekcie podjęto próbę zwiększenia przejrzystości zamówień poniżej tzw. progu bagatelności (30 000 euro) poprzez wprowadzenie, postulowanych również przez NSZZ „Solidarność” oraz Radę Dialogu Społecznego, obowiązkowych ogłoszeń dla zamówień od wartości 50 000 złotych. Niestety proponowane rozwiązania nie do końca spełniają oczekiwania partnerów społecznych. Projektodawca proponuje wprowadzenie obowiązkowych ogłoszeń przed udzieleniem zamówienia jedynie w Biuletynie Zamówień Publicznych. Dla zwiększenia przejrzystości oraz kontroli społecznej, w ocenie Związku, konieczne jest umieszczanie ogłoszeń o zamiarze udzielenia zamówienia również na stronie internetowej zamawiającego, a przede wszystkim - publikacja informacji o udzielonym zamówieniu i jego cenie również na stronie internetowej zamawiającego. Realizacja tego postulatu wpłynie pozytywnie na kontrolę realizowaną głównie przez społeczności lokalne oraz regionalnych zamawiających, którzy są najczęściej zainteresowani tego typu małymi zamówieniami. Ponadto w art.2 ust 2 projektu ustawy, odnoszącego się do tego typu zamówień, użyte zostało sformułowanie, mogące rodzić problemy interpretacyjne: zamówienia „które ze względu na swój rodzaj lub charakter mogą być skierowane do szerokiego grona wykonawców”, co w ocenie Związku wymaga zmiany brzmienia.

Pozytywnie na system zamówień publicznych wpłynie z pewnością wprowadzenie do ustawy przepisów regulujących podwykonawstwo, które do tej pory były rozproszone w różnych aktach prawnych. Na szczególną uwagę zasługuje proponowany w art. 492 zakaz zawierania w umowach o podwykonawstwo postanowień mniej korzystnych dla podwykonawców, od rozwiązań z umów między zamawiającym a wykonawcą, w zakresie kar umownych, a przede wszystkim - warunków zapłaty wynagrodzenia, co dotyczy w szczególności terminów. Jednak nadal brakuje rozwiązań w zakresie ograniczenia długości

łańcucha podwykonawstwa, co jest poważnym problemem zwłaszcza przy realizacji robót budowlanych.

Ustawodawca również nie podjął trudnego zadania jednoznacznego uregulowania zamówień typu in-house. Rozmowa o tej grupie zamówień jest szczególnie trudna ze względu na duży opór jednostek samorządu terytorialnego. Jednakże cel, jakiemu przyświeca całe prawo zamówień publicznych, a mianowicie - ochrona i optymalizacja pieniędzy podatników – powoduje, że rozmowę tę należy podejmować i pamiętać, iż dla wygody zamawiających nie można rezygnować z rozwiązań służących racjonalizacji wydatków publicznych i ograniczaniu korupcji.

W projekcie brakuje również postulowanego przez Związek i partnerów społecznych systemu certyfikacji, który skróciłby czas całego postępowania. Ponadto instytucja certyfikująca mogłaby również wspomóc zamawiających w kontroli wykonawców pod kątem przestrzegania prawa pracy.

Prezydium KK postuluje o zmianę kompetencji i zadań Rady Zamówień Publicznych. W naszej ocenie systemowi zamówień publicznych potrzebne jest ciało doradcze badające rynek zamówień w poszczególnych zakresach i inicjujące niezbędne zmiany w przepisach oraz praktykach. Rada Zamówień Publicznych powinna być swego rodzaju pomostem pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami a Urzędem Zamówień Publicznych i Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii. Potencjał intelektualny osób nominowanych do Rady oraz ich znajomość realiów obszaru zamówień publicznych należy wykorzystać znacznie szerzej i odważniej, niż ma to miejsce obecnie.

Pozytywnie należy ocenić uwzględnienie postulowanych przez partnerów społecznych i wykonawców, a usprawniające cały proces zamówienia od etapu planowania do zakończenia realizacji rozwiązania, jak chociażby np.: publikacja i aktualizacja planów zamówień; obowiązkowe częściowe płatności i zaliczki w dłuższych umowach; wzmocnienie podziału zamówień na części; zwiększenie roli dialogu z wykonawcą na etapie przygotowania postępowania; możliwość odwołań poniżej progów europejskich; możliwość spotkania w sprawie wyjaśnienia przyczyn odrzucenia oferty; obniżenie opłat w KIO.

Długo wyczekiwany przez wykonawców oraz zamawiających rozwiązaniem jest wprowadzenie mechanizmów waloryzacji (zmiany cen) w umowach na roboty budowlane. Państwo jest największym i praktycznie jedynym inwestorem w obszarze drogowym i kolejowym. Wiele firm budowlanych jest uzależnionych od rynku zamówień publicznych. W interesie zatrudnionych pracowników oraz przyszłych użytkowników infrastruktury transportowej jest płynna realizacja inwestycji. Jednak nie może się ona odbywać jedynie

kosztem jednej ze stron umowy. Odpowiednie mechanizmy zmiany cen powinny uwzględniać wahania kosztów z korzyścią dla obu stron oraz nie powinny pozostawiać wątpliwości co do wielkości zmiany ceny i jej zasadności. Stosowane metody nie powinny pozwalać na kwestionowanie wzrostów wynagrodzenia wykonawcy przez innych oferentów, którzy zostali odrzuceni z powodu wyższej ceny oferty. Dobrym rozwiązaniem tej sytuacji, byłaby informacja w Biuletynie Zamówień Publicznych o wszelkich zmianach w warunkach kontraktu, które eliminowałyby przyszłe wątpliwości zainteresowanych oferentów.

Gdańsk, 26 lutego 2019 r.

Prezydium KK

NSZZ „Solidarność”

SEKRETARZ
KK NSZZ „Solidarność”

Ewa Zydor