

**Propozycje legislacyjne zmian przepisów mające na celu usprawnienie
wydatkowania funduszy unijnych zgłaszane przez Okręgową Izbę Radców Prawnych
w Warszawie.**

Opracowanie przygotowali: Magdalena Łempicka i Grzegorz Pyliński

1. Zmiana w art. 35 ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.) poprzez wprowadzenie możliwości wypłaty zaliczek. W obecnym systemie finansów publicznych wykluczona jest możliwość wypłaty zaliczek w ramach umów zawieranych przez sektor finansów publicznych (w ramach nie tylko reżimu zamówień publicznych). Wydaje się, iż nie tylko dla pobudzenia gospodarki (sektora przedsiębiorców działających w oparciu o rynek zamówień publicznych), ale zracjonalizowania realizacji kontraktów sektora publicznego, konieczne jest umożliwienie posługiwania się powszechnym na wolnym rynku instrumentem zaliczkowania. Możliwość zaliczkowania środków publicznych na określony zakres umowy przyspieszy wydatkowanie, szczególnie środków z funduszy unijnych, realizację niektórych kontraktów (np. budowlanych).

Postulat ten usuwa jedną z kilku barier w dostępie MŚP do rynku zamówień publicznych, o których mowa w dokumencie przyjętym przez RM na posiedzeniu w dn. 08.04.2008r. „Nowe podejście do zamówień publicznych”.

Jednocześnie biorąc pod uwagę konieczność zabezpieczenia prawidłowości gospodarowania środkami publicznymi, można wypłatę zaliczki zabezpieczyć ustanowieniem bezpośrednio w umowie zabezpieczeniem np. w formach takich jak dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy określonych w art. 148 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

W związku z powyższym proponuje się w art. 35 ustawy o finansach publicznych po ust. 4 dodanie ust. 5 w brzmieniu:

„5. W umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych możliwa jest wypłata zaliczki, pod warunkiem ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia umownego.”

2. Wprowadzenie OC dla kierowników sektora finansów publicznych. Rozwiązanie to ma na celu ograniczenie odpowiedzialności kierowników jednostek sektora finansów publicznych do sfery niematerialnej. Przede wszystkim chodzi jednak o uwolnienie sfery mentalnej kierowników zamawiającego (reżim zamówień publicznych) i umożliwienie podejmowania skutecznych i szybkich decyzji w procesie wydatkowania środków publicznych.

Proponuje się wprowadzenie do ustawy o finansach publicznych przepisu art. 44a w brzmieniu:

„Kierownik jednostki lub osoba, o której mowa w art. 44 ust. 2 podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z wykonywanymi czynnościami w zakresie prowadzenia gospodarki finansowej jednostki.

Warszawa 18.03.2009

Minister Finansów, po zasięgnięciu opinii Polskiej Izby Ubezpieczeń, określi w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres ubezpieczenia obowiązkowego, o którym mowa w ..., termin powstania obowiązku ubezpieczenia, minimalną sumę gwarancyjną, biorąc w szczególności pod uwagę specyfikę wykonywanych czynności i ich zakres.”

3. W związku z niekorzystną i wykraczającą poza zakres regulacji unijnych praktyką urzędów kontroli skarbowych w ramach kontroli prawidłowości realizacji projektów finansowanych z funduszy UE, w szczególności obejmujących małych i średnich przedsiębiorców należy wprowadzić możliwości ujednoczenia i wystandardyzowania kierunków interpretacji przepisów prawnych (m.in. dotyczących zamówień publicznych), czy stosowania i wymierzania korekt finansowych dla kontrolujących. Wydaje się, iż wprowadzenie do zadań Komitetu do spraw Kontroli i Audytu Funduszy Strukturalnych i Funduszu Spójności wydawania w tym zakresie wytycznych przyczyniłoby się do zmiany tej praktyki, z korzyścią dla beneficjentów i samych instytucji kontrolujących.

W związku z powyższym proponuje się w ustawie z dnia 6 grudnia 2006r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. Nr 227, poz. 1658 ze zm.) w art. 35 c ust. 2 po pkt 5 dodać pkt 6 w brzmieniu:

„6) wydawanie wytycznych dotyczących kontroli przeprowadzanych w ramach poszczególnych programów operacyjnych.”

4. Progiem kwotowym dla stosowania procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami są wartości 133 tys. euro albo 206 tys. euro dla dostaw i usług, zaś dla robót budowlanych wartość 5 150 tys. euro. Komisja Europejska stoi na stanowisku, iż w przypadku zamówień stanowiących 10 % wartości progowych kraje członkowskie powinny ustanowić procedurę krajową.

Wydaje się zatem racjonalne i uzasadnione z punktu widzenia konieczności przyśpieszenia realizacji inwestycji finansowanych z funduszy UE (choćby w kontekście Euro 2012) przyjęcie dla zamówień o wartości od 14 tys. euro do wartości określonych w art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych uniwersalnej procedury – np. zmodyfikowanego trybu zapytania o cenę – dla zamówień udzielanych w postępowaniach, w których **jedynym kryterium** wyboru oferty najkorzystniejszej **jest cena**.

W ramach tego trybu:

- obowiązkowa byłaby publikacja ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, stronie internetowej i siedzibie zamawiającego,
- w określonym terminie zawitym np. 2-3 dni wykonawcy mogliby zgłaszać się do zamawiającego. Zakres zgłoszenia obejmowałby nazwę (firmę) wykonawcy/ów wspólnie ubiegających się o zamówienie, siedzibę, adres do korespondencji, faks, adres e-mail,
- zamawiający kierowałby zapytania o cenę do wykonawców, którzy się zgłosili,
- dalej procedura, jak w obecnie uregulowanym stanie prawnym.

5. Jedną z barier ograniczających dostęp do środków unijnych jest zbyt duży formalizm procedury o udzielenie zamówienia publicznego, w tym często stosowane przez zamawiających ograniczenia w formach porozumiewania się z wykonawcami poprzez posługiwanie się wyłącznie formą pisemną. Mając na uwadze wyraźną tendencję Komisji Europejskiej do elektronizacji procesu udzielania zamówień publicznych, co również znalazło odzwierciedlenie w dokumencie rządowym „Nowe podejście do zamówień publicznych” proponuje się następujące brzmienie **art. 27 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.):

„1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.”

6. Dla zwiększenia przystępności udziału w rynku zamówień publicznych wykonawców swobodnie i samodzielnie regulujących zasady wzajemnej współpracy proponuje się zmianę powodującą rezygnację z ograniczenia podwykonawstwa. Dyrektywy 18/WE/2004 i 17/WE/2004 dopuszczają Nielimitowane posługiwanie się przez wykonawcę podwykonawcami.

W związku z powyższym proponuje się nowe brzmienie **art. 36 ust. 5** ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.):

„5. Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom.”

7. Mając na uwadze zmniejszenie barier finansowych dla małych i średnich przedsiębiorców w udziale w rynku zamówień publicznych proponuje się **uchylenie w art. 46 ust. 4a** ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis miał na celu eliminację zmów wykonawców, jednak przez nieostre określenia doprowadza do zatrzymania wadium w sytuacjach, kiedy wykonawca nie zrozumie odpowiednio warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy ponoszą również konsekwencje wadliwego formułowania warunków udziału w postępowaniu przez zamawiających. Co więcej przepis ma właściwie zastosowanie jedynie w trybach przetargu nieograniczonego i negocjacji bez ogłoszenia.

Zmiana stanowi realizację postulatów z dokumentu rządowego „Nowe podejście do zamówień publicznych”.

8. Kolejna zmiana ma na celu znaczące przyspieszenie kontraktowania zamówień finansowanych z środków unijnych w ramach popularnego wśród zamawiających trybu

negocjacji z ogłoszeniem. Mianowicie należy zrezygnować z tzw. ofert wstępnych. Zmiany dotyczą **art. 54** i w konsekwencji następnych ustawy Prawo zamówień publicznych.

Obecne brzmienie przepisu:

Art. 54. Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

- **po zmianie art. 54** otrzymuje brzmienie:

„ Art. 54. Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego lub opis przedmiotu zamówienia z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.”

- W konsekwencji zmiany w art. 54 konieczna jest zmiana w **art. 57 ust. 2-6** Prawa zamówień publicznych, który obecnie stanowi:

2. Zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. Przepisy art. 82-84, art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2-4 stosuje się odpowiednio.

3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert wstępnych traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

4. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

- **po zmianie art. 57 ust. 2-6** otrzymuje brzmienie:

„2. Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5.

3. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do

Warszawa 18.03.2009

negocjacji traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

4. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

5. Wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia koncepcji realizacji zamówienia przed przystąpieniem do negocjacji. Przepisów art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 nie stosuje się.”

- W konsekwencji zmiany w art. 57 ust. 2-6 Prawa zamówień publicznych konieczna jest zmiana w art. 58 ust. 1, **porzez skreślenie ust. 1.**

9. W celu wyeliminowania konieczności unieważnienia postępowania z powodów drobnych różnic między ceną oferty najkorzystniejszej a kwotą jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia proponuje się zmiany w przepisach art. 87 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz wprowadzenie art. 87 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych. Wprowadzenie możliwości negocjowania ceny, w tym wypadku, umożliwi po pierwsze zamawiającym uzyskiwanie korzystniejszych ekonomicznie ofert, po drugi wzmocni ekonomikę postępowania – wybór oferty bez konieczności unieważniania postępowania.

Proponuje się zatem:

- art. **87 ust. 1** otrzymuje brzmienie:

„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a, 1b i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”

- w art. 87 po ust. 1a **dodaje się ust. 1b** w brzmieniu:

„1b. W przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty, której cena przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający niezwłocznie zwraca się pisemnie do wykonawcy z zapytaniem odnośnie możliwości obniżenia wynagrodzenia do poziomu kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.”

- w art. 93 ust. 1 **pkt 4** otrzymuje brzmienie:

„4) cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1 b;”

Warszawa 18.03.2009

10. Zmiana mająca na celu skrócenie czasu procedowania po wyborze najkorzystniejszej oferty. Termin na wniesienie protestu będzie liczony nie od dnia przekazania informacji, o których mowa w art. 92 ust. 1, a od upublicznienia ich na stronie internetowej.

Proponuje się zatem nowe brzmienie art. 92 ust. 2 Prawa zamówień publicznych oraz wprowadzenie w art. 92 ust. 3:

„ 2. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zamieszcza informacje, o których mowa w ust. 1, na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie, a także informuje o zamieszczeniu tych informacji wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w formie elektronicznej.”

3. Bieg terminu na wniesienie środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 rozpoczyna się następnego dnia po dniu przekazania informacji, o których mowa w ust. 2”

11. Art. 7 lit b tiret 3. dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r., ze zm.) stanowi, że *dla zamówień publicznych na usługi udzielane przez instytucje zamawiające w odniesieniu do usług wymienionych w kategorii 8 załącznika II A, kategorii 5 usług telekomunikacyjnych, których pozycje w CPV stanowią odpowiednik pozycji CPC nr: 7524, 7525 i 7526, lub usług wymienionych w załączniku II B próg stosowania dyrektywy został ustalony na poziomie 206 000 euro. Nieracjonalnym jest z punktu polskiego prawodawcy bardziej rygorystyczne podejście niż to czynią przepisy na poziomie Unii Europejskiej.*

Stąd też, propozycja zmiany w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich z dnia 19 grudnia 2007 r. (Dz.U. Nr 241, poz. 1762).

W § 1 pkt 1 **lit. a** ww rozporządzenia otrzymuje brzmienie:

„a) 133 000 euro - dla dostaw lub usług, z wyjątkiem usług wymienionych w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi dla których próg wynosi 206 000 euro,”.

Warszawa 18.03.2009