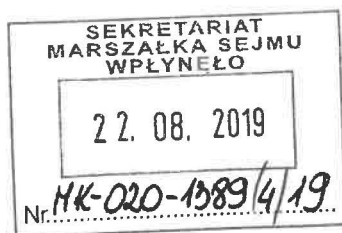




OPZZ/PO/282/2019

Warszawa, 10 sierpnia 2019 r.



Pani

Elżbieta Witek

Marszałek Sejmu RP

Warszawa

Stanisław Ruciński

W związku z pracami Sejmu RP nad projektem ustawy - Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 3624) przedstawiam uwagi Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych do tego projektu.

Uwagi generalne

Funkcjonowanie rynku zamówień publicznych wpływa na kondycję gospodarki, w tym działalność przedsiębiorstw oraz rynek pracy, dlatego prawo regulujące ten obszar oraz praktyki na nim oparte są ważne z punktu widzenia interesu publicznego i społecznego. W związku z pracami nad nowym prawem zamówień publicznych, strona pracowników i strona pracodawców Rady Dialogu Społecznego przyjęły Uchwały zawierające postulaty w tym zakresie:

- nr 58 z dnia 25 kwietnia 2018 r., w sprawie przyjęcia Postulatów do nowej ustawy regulującej udzielanie zamówień publicznych w zakresie tzw. zamówień klasycznych,
- nr 60 z dnia 12 lipca 2018 r., w sprawie dokumentu „Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych”.

Uwzględniając treść ww. dokumentów OPZZ ocenia, że część regulacji projektu ustawy wychodzi naprzeciw wnioskowi Rady Dialogu Społecznego. Wobec zamówień publicznych formułowane są jednak nie tylko oczekiwania efektywnego realizowania zadań publicznych po najkorzystniejszej cenie. W dokumentach krajowych (Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju) i międzynarodowych (Strategia Europa 2020, Agenda 2030 Organizacji Narodów Zjednoczonych wraz z jej 17 celami zrównoważonego rozwoju czy Wytyczne ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka), zamówienia publiczne są wskazywane jako narzędzie realizacji ich założeń. Dlatego uważamy za kluczowe stworzenie, poprzez kształt prawa zamówień publicznych, warunków do skutecznej realizacji celów określonych w ww. dokumentach. W rezultacie, prawo to powinno stanowić narzędzie transparentnego wydawania środków publicznych sprzyjając lepszemu funkcjonowaniu lokalnych rynków pracy i poprawie jakości zatrudnienia a także wzrostowi konkurencyjności przedsiębiorstw oraz innowacyjności gospodarki.

Uwzględniając powyższe, w niniejszej opinii OPZZ kluczowymi postulatami są propozycje zmian w projekcie ustawy dotyczące:

- zagwarantowania spójnego stosowania w ramach zamówień wymogu zatrudnienia

- na umowę o pracę przy ich realizacji, gdy czynności wykonywane wypełniają przesłanki art. 22 § 1 Kodeksu pracy i kontroli tych zamówień,
- ukształtowania katalogu wykluczeń obligatoryjnych i fakultatywnych z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który promował będzie wybór przedsiębiorstw o nieposzlakowanej opinii,

Potrzeba optymalnej realizacji polityk państwa uzasadnia w ocenie OPZZ wprowadzenie do ustawy preambuły, na wzór umieszczonej w ustawie z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców. W jej ramach powinna się znaleźć deklaracja celów zamówień publicznych i zasad ich realizacji związanych w szczególności obowiązku zapewnienia przestrzegania prawa pracy w ramach realizacji zamówień publicznych i wsparcia modelu działalności przedsiębiorstw opartej na zasadach społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw i zrównoważonym rozwoju kraju.

Ponadto, uchwalenie nowego prawa zamówień publicznych powinno, stworzyć warunki dla ratyfikacji i właściwego wdrożenia przez Polskę Konwencji nr 94 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej postanowień o pracy w umowach zawieranych przez władze publiczne. OPZZ postuluje ratyfikację i właściwe wdrożenie tej Konwencji, ponieważ zobowiązuje ona do zapewnienia pracownikom w umowach zawieranych przez władze publiczne odpowiednich wynagrodzeń i promuje układy zbiorowe pracy, co koresponduje z celami nowego prawa - choćby w obszarze promocji społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw.

Uwagi szczegółowe

1. W projekcie ustawy przewidziano przygotowanie polityki zakupowej państwa. Mając na uwadze wyzwania w obszarze zrównoważonego rozwoju kraju określone m.in. w Agendzie 2030 ONZ (w zakresie godnej pracy i ochrony środowiska) warto aby polityka zakupowa państwa uwzględniała także cele zrównoważonego rozwoju kraju. Cele efektywności ekonomicznej powinny w polityce zakupowej państwa być traktowane na równi z celami społecznymi. Zakres obowiązywania tej polityki powinien objąć docelowo wszystkie podmioty zobowiązane do stosowania prawa zamówień publicznych.

Projekt ustawy nakłada na centralne organy administracji rządowej obowiązek określenia strategii zarządzania dla poszczególnych kategorii zakupowych ze wskazaniem zamówień realizujących polityki państwa. Rozwiązanie to może okazać się korzystne, o ile strategia zarządzania nie będzie spełniać jedynie roli spełnionego przez organ administracji rządowej obowiązku formalnego a będzie realnie oddziaływać na jego politykę. Warto zatem, aby minister właściwy do spraw koordynowania realizacji polityki zakupowej państwa weryfikował jej realizację dla poszczególnych kategorii zakupowych a także spójność z nią planu postępowań o udzielenie zamówień. Analogiczna uwaga dotyczy planów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zabezpieczyć realność oddziaływania ww. narzędzi na realizację przez instytucję publiczną swoich zadań, by plany miały walor rozliczalności.

Dobłą praktyką, na którą powinien wskazywać projekt ustawy, powinno być ponadto wskazywanie przez administrację możliwości analizy już na etapie planu, w których zamówieniach będzie można stosować klauzule społeczne albo preferować przedsiębiorstwa o wysokich standardach prowadzenia biznesu w zakresie praw pracowniczych i ochrony środowiska. Pozwoliłoby to kształtować, poprzez plany, politykę państwa na rzecz zrównoważonego rozwoju kraju.

2. Projekt ustawy, w art. 134 w związku z art. 95, reguluje kwestię wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób realizujących zamówienie publiczne. Według OPZZ, projekt ustawy właściwie odwołuje się w tym zakresie do art. 22 ust. 1 Kodeksu pracy. W naszej ocenie, odwołanie to pozwala na klarowną weryfikację wszystkich przesłanek zatrudnienia na umowę o pracę wynikających z treści tego artykułu oraz, w razie wątpliwości, posiłkowaniem się orzecznictwem odnoszącym do niego. Dlatego, OPZZ postuluje o utrzymanie rozwiązań dotyczących wymogu zatrudnienia na umowę o pracę określonych w projekcie ustawy.

Warto przypomnieć, że nowelizacja w 2016 r. obecnie obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych, polegająca m.in. na dodaniu w art. 29 ustępu 3a, wprowadziła obowiązek wymagania przez zamawiających zatrudnienia na umowę o pracę w ramach realizacji zamówienia. Zmiana ta była m.in. efektem dialogu ze stroną społeczną Rady Dialogu Społecznego w związku ze szkodliwymi praktykami na rynku zamówień publicznych takimi jak niska jakość warunków pracy osób realizujących zamówienia i ograniczenie uczciwej konkurencji na tym rynku w związku z dyktatem najniższej ceny. Porozumienie co do konieczności działań na rzecz stosowania prawa pracy w ramach zamówień publicznych osiągnęły związki zawodowe i organizacje pracodawców a o zaangażowaniu strony rządowej w działania na rzecz przestrzegania prawa pracy w ramach zamówień publicznych świadczy choćby, przyjęta po uchwaleniu tej nowelizacji, *Uchwała Nr 16 Rady Dialogu Społecznego z dnia 19 października 2016 r. w sprawie stosowania w sektorze zamówień publicznych prawa korzystnego dla rynku pracy*.

Praktyka potwierdziła, że wprowadzenie ww. regulacji ma korzystny wpływ na sposób realizacji zamówień publicznych a liczba osób zatrudnionych zgodnie z wymogami Kodeksu Pracy zwiększyła się. Artykuł ustawy nie budzi wątpliwości, ponieważ klarowna była intencja ustawodawcy zobowiązania interesariuszy zamówień publicznych do przestrzegania ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy, w ramach realizacji zamówień.

W projekcie ustawy jedną z zasad ogólnych, wspólnych dla całego systemu zamówień publicznych powinien być obowiązek wymagania zatrudnienia za umowę o pracę, gdy realizowane są czynności wypełniające znamiona Kodeksu pracy. W ramach zamówień należy premiować przedsiębiorstwa zapewniające pracownikom godziwe warunki zatrudnienia. Zasada ta powinna obowiązywać niezależnie od rodzaju zamówienia i jego wartości. Tam, gdzie prawo zamówień publicznych nie będzie miało zastosowania z uwagi na wyłączenia, należy rekomendować podmiotom stawianie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę. Dlatego postulujemy, aby obowiązek stawiania wymogu zatrudnienia przy realizacji zamówień, poza przepisami już zawartymi w projekcie ustawy, został wskazany w Dziale I, Przepisy ogólne projektu ustawy, jako generalna zasada udzielania zamówień publicznych. Wzorem w tym zakresie powinna być określona w projekcie ustawy zasada współdziałania wykonawcy i zamawiającego. Zaproponowana konstrukcja wzmocni w ocenie OPZZ prawne uwarunkowania realizacji Dyrektywy w zakresie obowiązku zapewnienia przez państwo przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy, uczciwą konkurencję na rynku i pozwoli na wydatkowanie zgodnie z prawem środków publicznych. Propozycja przedstawiona przez OPZZ jest w naszej ocenie zgodna z zasadą proporcjonalności i adekwatna do sytuacji na krajowym rynku pracy w zakresie jakości zatrudnienia. Jest także uzasadniona treścią Oceny Skutków Regulacji projektu ustawy wskazującą, że szersze wykorzystanie umów o pracę pozwoli na zapewnienie lepszych

warunków pracy i płacy osobom zaangażowanym do wykonywania zamówień publicznych.

Ponadto, OPZZ o postuluje o analizę systematyki projektu ustawy pod kątem przepisów dotyczących wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób realizujących zamówienie. Struktura projektu ustawy może nie bowiem budzić wątpliwości jej adresatów, że stawianie tego wymogu jest obligatoryjne niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z zamówieniami klasycznymi, sektorowymi, w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa czy zamówieniami z wolnej ręki, a także niezależnie od tego czy będą sporządzać opis potrzeb i wymagań czy warunki zamówienia.

Dodatkowo, należy w naszej ocenie wprost zobligować zamawiających i generalnych wykonawców do uwzględniania całości kosztów pracy wynikających z obowiązującego prawa w ramach przygotowywania ofert. Koszty pracy mają bowiem istotne znaczenie dla kształtowania ceny. Zamawiający z kolei powinien podejmować kroki weryfikacyjne zawsze, gdy w obszarze kosztów pracy kalkulacja ceny budzi jego wątpliwości, nie tylko wówczas, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30%.

Kontrola realizacji zamówienia publicznego jest istotnym elementem prawidłowego wykonania zamówienia, wypełniania zadań publicznych i urzeczywistnienia celów polityki państwa poprzez zamówienia publiczne. Niestety, informacje m.in. Najwyższej Izby Kontroli¹ wskazują, że zamawiający często nie kontrolują w pełnym zakresie sposobu realizacji umowy. Dotyczy to szczególnie obszaru warunków zatrudnienia pracowników wykonujących zamówienie. Powoduje to na przykład sytuacje, w których tylko część pracowników jest zatrudniona na umowę o pracę, jest ich mniejsza liczba niż przewidywana w umowie, ich etat jest częściowy bądź jedynie przez określony czas wykonania zamówienia. Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych zmieniła praktyki w tym obszarze w ograniczonym stopniu. Projekt ustawy przewiduje co prawda narzędzia pozwalające na kontrolę umowy zamawiającym, także w obrębie zatrudnienia pracowników, jednak brakuje w nim wyrażonego obowiązku kontroli realizacji umów poprzez wskazanie wprost tego oczekiwania we wszystkich aspektach umowy.

Biorąc pod uwagę ww. deficyt kontroli realizacji umów oraz potrzebę zgodnego prawem wydatkowania środków publicznych, zasadne jest zatem dodanie zasady obowiązkowej weryfikacji przez zamawiających wykonania postanowień umownych w całym łańcuchu realizacji zamówienia. Tym bardziej, że w przypadku wątpliwości, zamawiający może poprosić o wsparcie np. Państwową Inspekcję Pracy. Wzorem dla proponowanego rozwiązania jest umieszczona w projekcie ustawy konieczność współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.

Projektodawca powinien także rozważyć, czy możliwe jest zabezpieczenie już na etapie specyfikacji warunków zatrudnienia bądź zapisów umowy eliminacji nieprawidłowości występujących na etapie wykonania zamówienia związanych z liczbą osób zatrudnionych na umowę o pracę czy realizacją klauzul społecznych i okresem ich zatrudnienia w ramach realizacji zamówienia. Jeśli wprowadzenie odpowiednich rozwiązań na poziomie ustawowym nie zostanie uznane za zasadne warto, aby w ramach działań Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zostały przygotowane np. wzory umów z zapisami dotyczącymi tego elementu realizacji zamówienia, który bowiem wpływa nie tylko na jakość zatrudnienia ale także wykonania umowy.

¹ <https://www.nik.gov.pl/plik/id,13176,vp,15591.pdf>

3. Poza powyższym postulujemy, aby w ramach realizacji delegacji ustawowej, w odpowiednim rozporządzeniu, przewidzieć pozyskiwanie przez Prezesa Zamówień Publicznych od zamawiających danych pozwalających na ocenę jakości realizacji klauzul społecznych i wymogu zatrudnienia na umowę o pracę. Chodzi o informacje związane z liczbą osób zatrudnionych na umowę o pracę, zakresu ich etatów oraz długości zatrudnienia kontekście danego zamówienia. Ww. dane są konieczne dla monitorowania prawidłowej realizacji nowego prawa zamówień publicznych oraz na przykład w kontekście realizacji Planu Działań na rzecz zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017-2020.

4. OPZZ w trakcie prac nad nowym prawem zamówień publicznych wskazywało na potrzebę zwiększenia skali wykorzystania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych. Choć nie każde zamówienie publiczne umożliwia zastosowanie aspektów społecznych, nadal występuje deficyt świadomości zamawiających czym są klauzule społeczne, ich znaczenia dla realizacji polityk społecznych, i umiejętności ich zastosowania. Dane dotyczące wykorzystania klauzul społecznych uległy poprawie, jednak przede wszystkim w wyniku stosowania wymogu zatrudnienia na umowę o pracę, która oddziałuje społecznie lecz nie jest *sensu stricte* klauzulą społeczną. Wnosimy w tym miejscu o nie posługiwanie się terminem klauzula społeczna do wymogu zatrudnienia na umowę o pracę przy realizacji zamówienia.

Dodatkowo, wyzwaniem jest połączenie w zamówieniach aspektów społecznych i ekologicznych, celem wdrożenia polityki zrównoważonego rozwoju kraju.

Biorąc to pod uwagę oraz wagę kształtowania dobrych praktyk w tym zakresie oceniamy, że projekt ustawy nie przedstawia dalej idących niż obecne regulacji, które mogą skutkować wzrostem skali zastosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych. Uwzględniając rolę pozaprawnych działań na rzecz ich wzmocnienia uważamy, że warto w projekcie ustawy zdefiniować m.in. pojęcie klauzula społeczna, uwzględniając jej korzystny wpływ społeczny. Jest to uzasadnione choćby niską świadomością czym jest, słusznie przywoływana przez projekt ustawy, społeczna odpowiedzialność przedsiębiorstw, za której praktyczną realizację należy uznać stosowanie aspektów społecznych i ekologicznych w zamówieniach publicznych. Uzasadnienie projektu ustawy powinno dodatkowo zawierać co najmniej informację, w jaki sposób projektodawca definiuje społeczną odpowiedzialność przedsiębiorstw i aspekty społeczne na potrzeby zamówień publicznych z jednoczesnym wskazaniem, że także administracja publiczna jest zobowiązana do wykonywania swoich zadań w sposób społecznie odpowiedzialny.

5. OPZZ krytycznie ocenia planowaną w projekcie ustawy zmianę katalogu wykluczeń z postępowania o udzielenie zamówienia polegającą na przeniesieniu niektórych obecnie obowiązujących wykluczeń obligatoryjnych do katalogu wykluczeń fakultatywnych. Uzasadnienie projektu ustawy wyjaśnia ten krok dostosowaniem ww. katalogu do zapisów Dyrektywy oraz treścią jednolitego dokumentu zamówienia. W naszej ocenie, zmiany te są jednak niespójne z celami nowego prawa zamówień publicznych określonymi w Koncepcji oraz w projekcie ustawy. Aktualna - niska świadomość zasad społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw, skala naruszeń praw pracowniczych i działań przeciwko środowisku obserwowana w kraju kreuje potrzebę silniejszego niż obecnie oddziaływania państwa na praktyki przedsiębiorców, a jego narzędziem powinny być

zamówienia publiczne. Realizacja zamówień publicznych przez podmioty o nieposzlakowanej opinii może stanowić promocję korzystnych społecznie i gospodarczo standardów prowadzenia działalności biznesowej na rzecz zrównoważonego rozwoju kraju. Dyrektywa umożliwia powyższe podejście i nie zakazuje wprowadzania w niektórych obszarach do krajowego ustawodawstwa regulacji prawnych, które są uzasadnione potrzebami rynku i konieczne dla zapewnienia realizacji zapisów tej Dyrektywy. Punkt 37 Dyrektywy wskazuje na przykład, że państwa powinny podjąć stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy.

Z powyższych względów, przesunięcie z obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne do fakultatywnych m.in. przesłanek dotyczących prawomocnego skazania za przestępstwa z art. 181-188 Kodeksu Karnego i art. 218-220 Kodeksu Karnego oraz zmiana w zakresie przesłanki wykluczenia z tytułu obecnie obowiązującej 270-309 Kodeksu Karnego poprzez pominięcie art. 278-295 i 308-309 Kodeksu Karnego oraz art. 46 i 48 ustawy o sporcie nie jest korzystne z punktu widzenia interesu publicznego i społecznego. Przepisy art. 181-188 Kodeksu Karnego regulują przestępstwa przeciwko środowisku, w tym związane m.in. z zanieczyszczeniami wody, powietrza i gleby oraz dotyczące odpadów. Z kolei art. 218-220 Kodeksu Karnego określa przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przeciwko prawu o ubezpieczeniach społecznych oraz bezpieczeństwu i higienie pracy a także dotyczące zakazu handlu. Art. 278-295 Kodeksu Karnego określają przestępstwa przeciwko mieniu. Ze statystyk Policji wynika, że liczba przestępstw przeciwko środowisku, choć nie jest duża, wzrasta. Wraz z podnoszeniem się świadomości społecznej wzmocnią się oczekiwania proekologicznych postaw przedsiębiorców. Tym bardziej, nieprawidłowości w prowadzeniu działalności gospodarczej, szczególnie wobec pracowników, powinny budzić wątpliwości instytucji publicznych co do wiarygodności i uczciwości potencjalnego wykonawcy zamówienia publicznego niezależnie od jego technicznej i ekonomicznej zdolności wykonania zamówienia. W 2016 r. Policja stwierdziła 1271 przestępstw z art. 218 Kodeksu Karnego, 217 przestępstw z art. 219 Kodeksu Karnego, przestępstwa z art. 220 Kodeksu Karnego i 21 przestępstw z art. 221 Kodeksu Karnego. Z kolei ze Sprawozdania Głównego Inspektora Pracy z działalności Państwowej Inspekcji Pracy za rok 2017 wynika, że w efekcie przeprowadzenia 80,8 tys. kontroli zlikwidowano bezpośrednie zagrożenia dla życia lub zdrowia 77,1 tys. osób, doprowadzono do zawarcia 17,1 tys. umów o pracę z osobami pracującymi wcześniej na podstawie umów cywilnoprawnych lub bez żadnej umowy oraz wyegzekwowano 136 mln zł należności dla pracowników i 3 mln zł dla zleceniobiorców. Potencjał kadrowy i finansowy Państwowej Inspekcji Pracy pozwala jednak skontrolować tylko niewielką liczbę działalności przedsiębiorców w porównaniu do i ich liczby oraz wielkości gospodarki. Według OPZZ, skala naruszeń praw pracowniczych jest znacznie większa, pracownicy bowiem wolą często zmienić miejsce pracy niż zgłosić nieprawidłowości instytucjom kontrolnym lub dochodzić swoich praw na drodze sądowej.

Uwzględniając powyższe, OPZZ opowiada się za przeniesieniem obecnie obowiązującego katalogu wykluczeń obligatoryjnych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do nowego prawa zamówień publicznych. W naszej ocenie, nie stoi on w sprzeczności z traktatową zasadą niedyskryminacji i zasadą proporcjonalności. Obligatoryjne stosowanie obecnie obowiązujących wykluczeń umożliwi zamawiającym wykorzystanie zamówień dla wsparcia wspólnych celów społecznych określonych w Dyrektywie.

6. Projektodawca w zasadzie przeniósł obecnie obowiązujące regulacje dotyczące instytucji *in house* (możliwość bezprzetargowego powierzania zadań przez instytucję publiczną podmiotom zależnym) do nowego prawa zamówień publicznych. W trakcie nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych w 2016 r. interesariusze rynku zamówień publicznych sygnalizowali ryzyka związane z wprowadzeniem instytucji *in house* dla poziomu konkurencji w gospodarce. Pracom nad nowym prawem zamówień publicznych powinna zatem towarzyszyć analiza *ex post* uchwalonych rozwiązań w zakresie tej instytucji, uzasadniająca kształt przepisów w nim zawartych. Tym bardziej, że w Koncepcji deklarowano doprecyzowanie przepisów dotyczących tej instytucji. Strona społeczna Rady Dialogu Społecznego, w Uchwale nr 58, wskazywała stronie rządowej potrzebę przygotowania spójnej i kompleksowej regulacji w obszarze *in house*, która ograniczy obecny dualizm modeli zlecania realizacji zadań przez instytucje publiczne podmiotom zależnym, wzmocni nadzór rynku nad stosowaniem tej instytucji i rolę analizy poziomu konkurencji przed jej zastosowaniem z uwzględnieniem interesu publicznego. Docelowa treść ustawy w tym zakresie powinna uwzględnić powyższe stanowisko strony społecznej Rady.
7. Projekt ustawy zobowiązuje zamawiających do sporządzania w określonych przypadkach raportu z realizacji zamówienia, w którym mają m.in. zostać umieszczone wnioski co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień publicznych, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych. Wprowadzenie tego narzędzia do projektu ustawy może okazać się korzystne, jednak warto dookreślić status wniosków zawartych w tym dokumencie. Nie powinny mieć one jedynie waloru źródła informacji ponieważ spowoduje to, że raport z realizacji zamówienia jako obowiązek formalny stanowiący obciążenie dla pracowników instytucji zamawiającej nie będzie w praktyce oddziaływał na przyszłe praktyki zamawiających. Warto także, aby w raporcie znalazły się informacje o odnotowanych nieprawidłowościach realizacji zamówienia w obszarze aspektów społecznych realizacji zamówienia i praw pracowniczych.
8. Wątpliwości budzi nadanie Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorstw uprawnień analogicznych do przysługujących podmiotom wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej z zakresu zamówień publicznych. Rzecznik ma za zadanie wspierać małe i średnie przedsiębiorstwa w ochronie ich praw. W danym zamówieniu, ubiegający się o zamówienie publiczne, którzy mają interes prawny są zamawiającemu co do zasady znani. Dodatkowo zwiększanie kompetencji nowo powołanej instytucji, której działalność nie jest jeszcze zweryfikowana oceną *ex post*, wydaje się przedwczesna. Tym bardziej, że w tym samym czasie ustawodawca nie deklaruje zwiększenia ustawowych kompetencji organizacjom reprezentującym innych interesariuszy niż małe i średnie przedsiębiorstwa.
9. Projekt ustawy wskazuje, że organy kontroli przygotowują kwestionariusze kontrolne z szczegółowym opisem zagadnień podlegających sprawdzeniu w toku kontroli zamówień publicznych. W jej trakcie, kontroler danego organu nie będzie mógł wykraczać poza opis zagadnień zawarty w kwestionariuszu kontroli. Regulacja ta, choć sprzyja przejrzystości działań kontrolnych, wymaga ponownej analizy pod kątem nadmiernego formalizmu, który może stać na przeszkodzie pełnemu wyjaśnieniu przebiegu realizacji zamówienia publicznego, do czego niezbędny jest pewien zakres elastyczności kontrolera.

10. Projekt ustawy, przewiduje likwidację obowiązku zawiadamiania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem oraz zamówienia z wolnej ręki. Konsekwencją tej zmiany jest uchylenie, w art. 17 w ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jednego z czynów stanowiących jej naruszenie. Zmiana budzi zaniepokojenie, bowiem może ograniczyć dostęp do informacji na temat postępowań w trybie negocjacji z ogłoszeniem i zamówień z wolnej ręki, które ze względu na ich negatywny wpływ na konkurencję mogą być stosowane wyłącznie w szczególnych przypadkach określonych w ustawie.
11. Projekt ustawy wskazuje w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej, katalog kryteriów jakościowych, których spełnienie może być w szczególności podstawą wyboru oferty. Choć jedno z kryteriów wskazuje na aspekty społeczne jako indykator jakościowy wyboru najkorzystniejszej oferty, zapis tego ustępu powinno się uzupełnić o kryterium korzystnego wpływu na rynek pracy, w tym np. na poziom zatrudnienia. Pozwoli to zamawiającym wprost przyjąć ten aspekt jakościowy jako element realizacji polityki publicznej w ramach zamówień publicznych.

Ponadto, w obszarze kryteriów jakościowych warto rozważyć rozszerzenie, na przykład, także o inne kryteria jakościowe związane z promowaniem dialogu społecznego. Projekt ustawy powinien bowiem w naszej ocenie skłaniać zamawiających do wykorzystania takich kryteriów, które w praktyce promować będą przedsiębiorców mających zawarty układ zbiorowy pracy. Niska skala rokowań zbiorowych wymaga działań wzmacniających rolę dialogu społecznego w gospodarce poprzez zamówienia publiczne, które przyniosłyby korzyści społeczne i gospodarcze. Wdrożenie tej propozycji wpisałoby się w praktyczne urzeczywistnienie art. 59 ust. 2 Konstytucji mówiącego o uprawnieniu związków zawodowych oraz pracodawców i ich organizacji do rokowań, w szczególności w celu rozwiązywania sporów zbiorowych, oraz do zawierania układów zbiorowych pracy i innych porozumień w związku z art. 20 Konstytucji RP określającym podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej jako społeczną gospodarkę rynkową opartą na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych.

Praktyką spotykaną w niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej jest przyznawanie przez zamawiających dodatkowych punktów za wynagradzanie pracowników wykonujących zamówienie w sposób godziwy. Oznacza to, że zamówienia publiczne są wykorzystywane w tych państwach do realizowania określonej polityki służącej zrównoważonemu rozwojowi gospodarczemu i poprawy jakości zatrudnienia. Ustanowienie mechanizmów skłaniających zamawiających do stosowania takich lub podobnych kryteriów jakościowych i nadawania im odpowiedniej wagi byłoby pożądaną z punktu widzenia wyzwań krajowego rynku pracy i innowacyjności gospodarki. Pierwszym krokiem do realizacji tego podejścia powinno być poszerzenie otwartego katalogu kryteriów jakościowych w projekcie ustawy, który mógłby zawierać odwołanie do godziwych warunków pracy i płacy w ramach realizacji zamówienia.

W projekcie ustawy przewidziano możliwość ustanowienia przez zamawiającego tzw. systemu kwalifikowania wykonawców. Do udziału w nim dopuścić będzie można wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, wskazane przez zamawiającego w publicznym ogłoszeniu, dotyczące określonej kategorii zamówień sektorowych i wpisuje ich do wykazu kwalifikowanych wykonawców. Narzędzie to sugeruje formę certyfikacji wykonawców, dlatego warto rozważyć preferowanie w ramach

systemu kwalifikowania tych wykonawców którzy, poza spełnianiem warunków określonych w tym artykule, prowadzą swoją działalność w sposób zrównoważony, zgodnie z zasadami społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw bądź mają zawarty układ zbiorowy pracy.

12. Projekt ustawy określa organizację konkursu, do przygotowania i przeprowadzenia którego nie stosuje się przepisu dotyczącego planów postępowań oraz dotyczącego konfliktu interesów. Regulacja ta wymaga ponownej analizy ponieważ wydaje się wskazane, aby w każdym trybie udzielania zamówień i na każdym z jego etapie brali udział zweryfikowani wykonawcy i wykluczono konflikt interesów. W tym przypadku, pozwoli to na ograniczenie ryzyka potrzeby wykluczenia wykonawcy po wyborze jego pracy konkursowej.

Ponownej analizy wymaga nazwa podmiotu oceniającego prace konkursowe, który w projekcie ustawy nazywano sądem konkursowym. Nazwa ta kojarzy się z władzą sądowniczą i bardziej odpowiednią nazwą dla tego podmiotu wydaje się np. komisja konkursowa. Ponadto, projekt ustawy jest liberalny pod względem kompetencji członków sądu konkursowego, z których tylko 1/3 musi posiadać uprawnienia, jeśli przepisy szczególne wymagają uprawnień do opracowania pracy konkursowej. Jeśli sąd konkursowy może liczyć co najmniej 3 osoby oznacza to, że tylko jedna osoba w sądzie będzie musiała posiadać stosowne uprawnienia.

13. W projekcie ustawy przewidziano możliwość waloryzacji umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, których przedmiotem są roboty budowlane i usługi. Rozwiązanie to wychodzi naprzeciw oczekiwaniom rynku zamówień publicznych, także w związku z aktualną sytuacją w sektorze budowlanym. Sposób ustalania zmiany wynagrodzenia określony w projekcie ustawy może jednak w praktyce powodować niepewność stron umowy co do prawidłowej realizacji uprawnienia z nich wynikającego i stwarzać dla nich ryzyka. Zakładając, że regulacja waloryzacji powinna mieć charakter generalny i unikać kazuistycznego podejścia, należy ją sformułować w sposób dający stronom umowy warunki do nie budzącego wątpliwości jego zastosowania. Ponownej analizy wymaga zatem zastosowane w projekcie ustawy takich zapisów jak m.in. *poziom zmiany cen materiałów lub kosztów czy sposób określenia wpływu zmiany ceny na koszty wykonania zamówienia*.

W ocenie OPZZ, zmiana kosztów realizacji umowy, która będzie stanowić podstawę do waloryzacji wynagrodzenia w umowie, powinna być istotna i niemożliwa do przewidzenia w toku prowadzenia działalności biznesowej i ryzyka z nią związanego. Zatem nie każda zmiana cen istotnych dla realizacji zamówienia, na jaką zgodzą się strony umowy, powinna uprawniać do waloryzacji wynagrodzenia. Nie jest to zasadne biorąc pod uwagę, że instytucje publiczne, w tym strona rządowa, przedstawiają prognozy dotyczące rozwoju gospodarki oraz kształtowania się wskaźnika inflacji. Wykonawcy przygotowują zatem swoje oferty z ceną wykonania zamówienia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w określonych warunkach gospodarczych i prognozach dotyczących koniunktury. Dopuszczenie innych niż istotne i niemożliwe do przewidzenia przez przedsiębiorcę zmian poziomu cen warunkujących waloryzację wynagrodzenia może stwarzać ryzyko dla zamawiających związane z wyborem oferty z ceną skalkulowaną z uwzględnieniem przyszłej waloryzacji takie jak sprzeciw oferentów, których oferta nie została wybrana, wyższe od zaplanowanych wydatki na realizację zamówienia bądź trudności z terminową realizacją zamówienia.

Ponadto, w związku z wahaniami cen niektórych wyrobów i materiałów

budowlanych i usług, warto doprecyzować, czy stosowane wskaźniki zmian cen użyte do waloryzacji powinny mieć charakter roczny, miesięczny czy kwartalny. Duża elastyczność możliwego zastosowania danych w umowie stwarza ryzyko dla interesu publicznego związane z kosztem realizacji zamówień oraz może skutkować przyjęciem wskaźnika GUS tylko pozornie związanego z realizacją zamówienia. Odpowiedni dobór wskaźników w umowach będzie bowiem wymagać zwiększenia profesjonalnej wiedzy u zamawiających w zakresie metodologii statystyki publicznej i wskazanego w projekcie wpływu zmiany cen na koszt wykonania zamówienia.

Kolejnym elementem wymagającym precyzji jest przesądzenie, czy waloryzacja będzie stosowana w ramach umowy tylko raz, czy wielokrotnie, przy każdej zmianie poziomu cen materiałów lub kosztów istotnych dla realizacji zamówienia. Możliwość wielokrotnej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy może stanowić wyzwanie administracyjne dla zamawiającego, zwłaszcza przy realizacji wielu zamówień oraz stanowić trudność przy cyklicznym przygotowywaniu budżetu instytucji publicznej i realizacji przez nią zadań publicznych w ramach zamówień.

Ponadto w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Choć można założyć, że zapis ten miał wyjść naprzeciw ryzykom wskazanym powyżej, to budzi on wątpliwości. Skoro bowiem waloryzacja ma być oparta o obiektywny sposób ustalania zmiany wysokości wynagrodzenia poprzez m.in. wskaźniki zmiany cen, w tym dane statystyczne statystyki publicznej dotyczące materiałów lub kosztów, to wyjaśnienia wymaga, dlaczego tak ustalona wysokość waloryzacji ma być ograniczana limitem maksymalnej wartości zmiany zamówienia. Może stanowić to przesłankę do nie stawiania przez podmioty prywatne do przetargów lub nie zawierania przez wybranego wykonawcę ukształtowanej w ten sposób umowy z uwagi na zbyt duże ryzyko finansowe.

Umowa zawarta na okres powyżej 12 miesięcy powinna zawierać obligatoryjnie zapisy dotyczące waloryzacji, natomiast ważne jest także, czy uruchomienie procedury waloryzacji będzie następowało na wniosek i której ze stron: czy np. zainteresowanej zmianą wysokości wynagrodzenia. Będzie to miało znaczenie przy zmianie wysokości wynagrodzenia wynikającej z obniżenia cen, gdzie to w interesie zamawiającego jest wszczęcie procedury waloryzacji. Po raz kolejny uwidacznia się przy tym jak istotne jest klarowne określenie, w jakim stopniu ma zmienić się poziom cen, aby uruchomić zmianę wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Brak uregulowań w tym zakresie będzie się wiązało z nałożeniem obowiązku na wykonawcę bieżącego monitorowania zmian poziomu cen istotnych dla realizacji zamówienia wskazanych w umowie a także wielokrotnej waloryzacji umowy. W przypadku zamawiających, którzy realizują swoje zadania poprzez szereg zamówień publicznych może być to problematyczne. Istotne przy tym, aby realizowana procedura waloryzacji nie stanowiła w praktyce przesłanki wstrzymującej czy opóźniającej realizację zamówienia. Może zdarzyć się bowiem sytuacja, w której proces ustalania poziomu zmiany cen będzie trwał lub pojawiać się na tym tle spory między zamawiającym a wykonawcą.

Wyjaśnienia wymaga także wprowadzenie ograniczenia, zgodnie z którym wykonawca, którego zamówienia zostało zmienione, jest zobowiązany do zmiany wynagrodzenia przysługującego tylko podwykonawcy, z którym zawarł umowę na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Ważniejsze, aby zmiana wynagrodzenia podwykonawcy była uzależniona od dokonania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w związku ze zmianą cen a nie długości zawartej umowy między wykonawcą a podwykonawcą. Waloryzacja powinna także dotyczyć wszystkich podwykonawców

realizujących zamówienia.

14. W ocenie OPZZ, projektodawca powinien tak ukształtować przepisy projektu ustawy dotyczące podwykonawstwa oraz udostępniania zasobów, aby w praktyce wzrosło w realizacji zamówień publicznych znaczenie potencjału własnego wykonawcy. Konieczne są bowiem dalsze działania ograniczające zjawisko tzw. firm „skrzynek pocztowych” i długie łańcuchy podwykonawstwa. Na ich dalszych etapach bowiem występuje najwięcej nieprawidłowości z przestrzeganiem praw pracowniczych. Do rozważenia jest na przykład określanie maksymalnej liczby poziomów podwykonawstwa już na etapie specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza powinien być zasadniczym realizatorem zamówienia publicznego posiłkując się jedynie zasobami innych podmiotów i podwykonawstwem. W praktyce powinno to umożliwić ograniczenie łańcucha podwykonawstwa, które wpływa często na jakość realizacji zamówienia, generuje trudności z jego kontrolą oraz negatywnie oddziałuje na warunki zatrudnienia osób realizujących zamówienie publiczne, szkodząc w ten sposób uczciwej konkurencji na rynku zamówień publicznych. Ponadto, podmioty realizujące zamówienie powinny być solidarnie odpowiedzialne za zrealizowanie kontraktu, szczególnie za zobowiązania względem pracowników.
15. OPZZ postuluje ponadto, aby nowe prawo zamówień publicznych nałożyło obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych, w stawianiu wymogu zatrudnienia na umowę o pracę przy realizacji zamówień (gdy wykonywane czynności to warunkują), na przedsiębiorstwa państwowe i spółki z dominującym udziałem (wpływem) Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. W naszej ocenie, podmioty te powinny stosować mechanizm przejrzystych i konkurencyjnych zakupów w oparciu o zamówienia publiczne. Z uwagi na strukturę własnościową tych podmiotów, ale też często rozmiar prowadzonej przez nie działalności, mogą one wyznaczać standardy w gospodarce. Przez to, zwiększać profesjonalizację innych przedsiębiorstw poprzez odpowiedzialne społecznie i gospodarczo praktyki w ramach swojej aktywności biznesowej i oczekiwanie ich od swoich kooperantów. Objęcie ww. podmiotów wymogami wynikającymi z prawa zamówień publicznych wpisałoby się w cele określone w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju.
16. Wnosimy także, aby po uchwaleniu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Prezes Rady Ministrów wydał zalecenia w sprawie stosowania przepisów tej ustawy, w szczególności stosowania wymogu zatrudnienia na umowę o pracę oraz klauzul społecznych, które obejmą, oprócz obecnie wskazanych w Zaleceniu Rady Ministrów z dnia 29 marca 2017 r. sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, także instytucje samorządowe. Działanie to będzie istotnym sygnałem dla instytucji publicznych oczekiwania przez rząd prowadzenia przez określonej polityki oddziałującej na rynek pracy i praktyki gospodarcze. Przyczyni się także do skutecznej realizacji celów określonych m.in. w Krajowym Planie Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017-2020.

Z zastrzeżeniem
Stuttin