

USTAWA

z dnia2013 r.

o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych

Art. 1. W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, oraz poz. 984) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 8 dodaje się ust. 4 i 5 w brzmieniu:

„4. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawartych w złożonych przez wykonawcę dowodach lub przedstawionych podczas konsultacji, o których mowa w art. 90 ust. 2, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie ich złożenia lub przedstawienia, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

5. Nie ujawnia się danych osobowych lub wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia udzielonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b - w zakresie działalności kulturalnej w rozumieniu ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2012 r., poz. 406), lub lit. c, jeżeli wykonawca najpóźniej przed zawarciem umowy o zamówienie zastrzegł, że te informacje nie mogą być udostępniane.”;

2) w art. 24:

a) w ust. 1 uchyla się pkt 1 i 1a,

b) dodaje się ust. 2a w brzmieniu:

„2a. Zamawiający może wykluczyć z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w okresie 5 lat, a w przypadku dostaw lub usług w okresie 3 lat, przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”;

3) uchyla się art. 24a;

4)w art. 46 dodaje się ust. 6 w brzmieniu:

„6. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zachodzą łącznie następujące przesłanki:

- 1) oferta wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy;
- 2) zachowanie wykonawcy wskazuje na uchylanie się od obowiązku złożenia dowodów lub uczestniczenia w konsultacjach, o których mowa w art. 90 ust. 2;
- 3) oferta wykonawcy, w świetle kryteriów oceny ofert, byłaby uznana za korzystniejszą od oferty wybranej przez zamawiającego.”;

5)art. 61 otrzymuje brzmienie:

„Art. 61. Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert, z zastrzeżeniem art. 63a.”;

6)w art. 63 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3. Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2.”;

7)dodaje się art. 63a w brzmieniu:

„63a.1. Zamawiający, po negocjacjach z wykonawcami zaproszonymi na podstawie art. 63, może udzielić zamówienia wykonawcy, który zaproponował najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia, bez wzywania ich do składania ofert, o ile przewidział to w zaproszeniu do negocjacji. Przepisów art. 36 ust. 1-3, art. 37, art. 38, art. 64 oraz przepisów Rozdziału 4 Działu II nie stosuje się. Przepisy art. 36 ust. 4 i 5 oraz art. 63 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

2. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji określa zasady ich prowadzenia zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i porównywalność propozycji wykonawców.

3. W sytuacji, o której mowa w ust. 1, zamawiający, po negocjacjach z poszczególnymi wykonawcami, żąda potwierdzenia zaproponowanych przez nich w trakcie negocjacji warunków realizacji zamówienia, w szczególności przez złożenie podpisu pod protokołem z negocjacji. Przepis art. 68 ust. 2 stosuje się.”;

8) w art. 67 ust. 4 otrzymuje brzmienie:

„4. Zamawiający może odstąpić od stosowania przepisów art. 19-21, art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 68 ust. 1 w przypadku zamówień udzielanych na podstawie ust. 1 pkt 1 lit. b i c oraz pkt 2, a także zamówień, o których mowa w ust. 3.”;

9) w art. 89 ust. 1 pkt 4 otrzymuje brzmienie:

„4) wykonawca, w procedurze przewidzianej w art. 90 ustawy, nie wykazał, iż zawarta w jego ofercie cena jest uzasadniona i zapewnia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa;”;

10) w art. 90:

a) ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. W przypadku, gdy cena oferty wydaje się zbyt niska i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa, zamawiający zwraca się do wykonawcy z żądaniem podania szczegółów dotyczących tych składowych elementów oferty, które uważa za istotne. Szczegóły te mogą w szczególności odnosić się do:

- 1) aspektów finansowych procesu wytwarzania, świadczenia usług lub zastosowanej metody budowlanej;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych lub wyjątkowo sprzyjających warunków, które będą dostępne wykonawcy przy realizacji zamówienia;
- 3) oryginalności towarów, usług lub robót budowlanych proponowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z obowiązującymi przepisami w zakresie zatrudnienia, a także warunkami bezpieczeństwa i higieny pracy obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane są roboty budowlane, usługi lub dostawy;
- 5) możliwości uzyskania przez wykonawcę pomocy publicznej.”,

b) ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Zamawiający wyznacza wykonawcy termin na złożenie dowodów zmierzających do wykazania, iż cena jego oferty jest uzasadniona i zapewnia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa, z uwzględnieniem czasu niezbędnego

na ich przygotowanie i złożenie, a następnie przeprowadza z nim konsultacje, chyba że ze złożonych dowodów wynika, iż cena umożliwi realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa. Wykonawca może przedstawić, oprócz dowodów w zakresie żądanym przez zamawiającego, również dowody dotyczące innych elementów składowych oferty, które w ocenie wykonawcy mają wpływ na wysokość ceny oferty. Zamawiający w konsultacji z wykonawcą weryfikuje składowe elementy oferty, których dotyczyło jego żądanie, uwzględniając również dowody obejmujące inne elementy składowe oferty, które przedstawił wykonawca.”,

c) uchyla się ust. 3,

d) ust. 4 otrzymuje brzmienie:

„4. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, która według zamawiającego zawierała cenę zbyt niską z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.”;

11) w art. 131e:

a) w ust. 1 pkt 1 otrzymuje brzmienie:

„1) wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 – 9 i ust. 2;”,

b) po ust. 4 dodaje się ust. 4a w brzmieniu:

„4a. Zamawiający może wykluczyć z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wykonawcę, który w okresie 5 lat, a w przypadku dostaw lub usług w okresie 3 lat, przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”,

c) ust. 5 otrzymuje brzmienie:

„5. Zamawiający może odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 2 lub 3, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu.”;

12) w art. 138c w ust. 1 pkt 5 otrzymuje brzmienie:

„5) odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 2 lub 3, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”;

13) w art. 154 uchyla się pkt 5a;

14) uchyla się art. 154b.

Art. 2. 1. Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

2. Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

3. Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych po dniu wejścia w życie ustawy w następstwie postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.

Art. 3. Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

Za zgodność pod względem:
prawnym i redakcyjnym

DYREKTOR
Departamentu Prawnego

Rafał Jędrzejewski
Radca Prawny

5.09.2015.

UZASADNIENIE

Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych ma na celu wprowadzenie istotnych zmian dotyczących:

- 1) określenia w sposób jednoznaczny procedury badania ofert, których cena wydaje się zamawiającemu zbyt niska i która tym samym powoduje istotne ryzyko wykonania zamówienia w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego,
- 2) wykluczenia wykonawcy, który wcześniej w sposób poważny naruszył swe obowiązki zawodowe, w szczególności gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie,
- 3) odformalizowania postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia poprzez umożliwienie udzielenia zamówienia zamawiającemu bezpośrednio po przeprowadzonych z wykonawcami negocjacjach a więc bez konieczności dodatkowego zapraszania wykonawców do składania ofert oraz zmniejszenie minimalnej liczby wykonawców zapraszanych obowiązkowo do udziału w negocjacjach prowadzonych w tym trybie z pięciu do trzech,
- 4) nieujawniania danych osobowych oraz wysokości honorarium wykonawcy zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki w zakresie działalności kulturalnej lub w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.

I. Postępowanie z ofertami, które wydaje się, że zawierają zbyt niską cenę.

(art. 90 oraz art. 8 ust. 4, art. 46 ust. 6 art. 89 ust. 1 pkt 4)

Rzetelne i dogłębne badanie wiarygodności proponowanych przez wykonawców cen ma kluczowe znaczenie dla powodzenia realizacji zamówienia publicznego a tym samym realizacji przez administrację zadań publicznych. Udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą zbyt niską cenę, stanowić może poważne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia a tym samym wywoływać bardzo doniosłe negatywne skutki gospodarcze oraz dodatkowe (wyższe) koszty realizacji zadań publicznych. Dlatego też prócz wprowadzonych nowelą Pzp z dnia 12 października 2012 r. (Dz. U. poz. 1271) oraz rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) zmian dotyczących poszerzenia możliwości

badania rzetelności samych wykonawców, dla skutecznego eliminowania ryzyka wyboru niewiarygodnych ofert konieczne jest także poszerzenie instrumentów dostępnych administracji publicznej mających na celu wnikliwe badanie realności ceny proponowanej przez wykonawcę na etapie składania ofert. Celem proponowanych zmian jest zatem stworzenie mechanizmów umożliwiających wyeliminowanie ryzyka nienależytego wykonania zamówienia w sytuacji, w której, przy uwzględnieniu gospodarnego zarządzania wykonawcy, uzasadnione jest prawdopodobieństwo złożenia oferty zawierającej cenę, która nie pokrywa kosztów wytworzenia produktu, świadczenia usługi czy wykonania roboty budowlanej będących przedmiotem zamówienia.

Uchwalone i niezmiennie obowiązujące od roku 2004 przepisy ustawy w zakresie badania rażąco niskiej ceny oraz praktyka ich stosowania okazały się niewystarczające dla skutecznej ochrony zamówień publicznych przed zjawiskiem składania i wyboru ofert o niewiarygodnie niskich cenach. Od początku obowiązywania przepisów regulujących kwestie badania oferty z rażąco niską ceną nie udało się także wypracować spójnego orzecznictwa wyznaczającego właściwe ramy dla działań administracji w powyższym zakresie. Podstawową zatem wadą istniejących rozwiązań jest ich niejednoznaczność wzmacniana dodatkowo niejednorodną linią orzeczniczą, co skutkuje brakiem pewności w działaniach administracji publicznej potęgowanych obawą przed środkami ochrony prawnej przysługujących wykonawcom na podstawie prawa europejskiego oraz ustawy.

W pierwszej kolejności proponuje się odejście od używania w przepisach ustawy pojęcia „rażąco niskiej ceny” na rzecz doprecyzowania, w jakich okolicznościach zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia.

Proponuje się zatem doprecyzowanie, że w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się zbyt niska i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa, zamawiający będzie obowiązany do zwrócenia się do wykonawcy z żądaniem podania szczegółów dotyczących składowych elementów oferty. Tym samym, podstawowym warunkiem badania ceny oferty, która to czynność poprzedzać musi ewentualne odrzucenie oferty, będzie równoczesne wystąpienie dwóch przesłanek – ceny, która wydaje się zbyt niska, i wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania za tę cenę przedmiotu zamówienia.

Projektowana regulacja, poprzez określenie okoliczności, których wystąpienie upoważnia zamawiającego do rozpoczęcia procedury badania ceny oferty, będzie stanowiła skuteczną pomoc dla administracji publicznej w podejmowaniu właściwej decyzji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co do wystąpienia do wykonawcy o

szczegóły dotyczące kalkulacji proponowanej ceny. Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż podjęcie decyzji o zainicjowaniu procesu weryfikacji cen składanych w ofertach stanowi wyłączną prerogatywę zamawiającego, albowiem podstawową przesłanką wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienia jest istnienie „wątpliwości zamawiającego”. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie stosowanych wyjaśnień w każdym przypadku, gdy zamawiający o to wystąpi. Jednocześnie sam fakt braku wystąpienia o wyjaśnienia w przypadku braku „wątpliwości zamawiającego” co do realności złożonej i wybranej oferty nie może stanowić podstawy do skutecznych działań podejmowanych w drodze dostępnych środków ochrony prawnej przez innych wykonawców próbujących podważyć cenę wybranej oferty.

Zgodnie z projektowaną regulacją, zamawiający będzie mógł określić te elementy oferty, które uważa za elementy istotne dla uzasadnienia niskiego poziomu ceny oferty, tj. żądać podania szczegółów dotyczących tych składowych elementów oferty, które uważa za istotne. Żądanie zamawiającego będzie mogło dotyczyć w szczególności aspektów finansowych procesu wytwarzania, świadczenia usług lub metody budowlanej, wybranych rozwiązań technicznych lub wyjątkowo sprzyjających warunków, którymi dysponuje wykonawca, oryginalności towarów, usług lub robót budowlanych proponowanych przez wykonawcę, zgodności z obowiązującymi przepisami w zakresie ochrony miejsc pracy, a także warunków pracy obowiązujących w miejscu, w którym realizowane są roboty budowlane, usługi lub dostawy oraz możliwości uzyskania przez wykonawcę pomocy publicznej.

Podkreślić należy, iż projektowane przepisy doprecyzowują sposób weryfikacji i badania ceny oferty jednoznacznie wskazując, iż zamawiający może nie tylko, jak ma to miejsce obecnie, żądać wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ale może także żądać podania szczegółów dotyczących wskazanych przez zamawiającego składowych elementów oferty i składowych elementów ceny. Przy czym żądania zamawiającego powinny mieć na celu wyjaśnienie poziomu ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji. Celem zamawiającego powinno być zatem uzyskanie wiedzy na temat tego, jakie elementy cenotwórcze wykonawca uwzględnił w cenie i czy są to wszystkie elementy niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia oraz czy są ustalone na takim poziomie, który zapewnia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego.

Istotnym nowym czynnikiem, który może być brany pod uwagę przez zamawiającego przy badaniu ceny jest możliwość żądania przedstawienia przez wykonawcę informacji obrazujących zgodność oferty z obowiązującymi przepisami dotyczącymi zatrudnienia i warunków pracy. Jednym z czynników mających wpływ na cenę oferty są niewątpliwie koszty

wynikające z obowiązku przestrzegania przez wykonawcę obowiązujących go przepisów prawa, zwłaszcza prawa pracy, w tym przepisów dotyczących wynagrodzenia za pracę oraz bezpieczeństwa i higieny pracy. Rywalizacja wykonawców o zamówienia publiczne nie może prowadzić do naruszania odrębnych przepisów prawa polskiego dotyczących w szczególności minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz obowiązków związanych z zapewnieniem bezpiecznych warunków pracy. Wprowadzenie omawianej regulacji może zatem przyczynić się do zmniejszenia szarej strefy zatrudnienia i poprawy sytuacji ekonomiczno-socjalnej pracowników zatrudnionych przy realizacji kontraktów publicznych. W interesie państwa, dobrego wizerunku organów publicznych, a także dobra systemu zamówień publicznych jest ograniczanie ryzyka występowania sytuacji naruszania norm prawa pracy przy realizacji kontraktów publicznych. Dlatego też szczególnym nadzorem zamawiający powinni objąć kalkulację ceny wykonawcy pod tym względem.

Zgodnie z projektowanym przepisem, katalog informacji, których może żądać zamawiający badając cenę oferty, a które uważa za istotne, nie ma charakteru zamkniętego, tym samym zamawiający będzie mógł dostosować żądania do przedmiotu zamówienia i danych zawartych w ofercie, i żądać także innych, w jego ocenie istotnych, choć niewymienionych w projektowanym przepisie, informacji w zakresie składowych elementów oferty.

Wykonawca będzie obowiązany przede wszystkim do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym przez zamawiającego, co nie pozbawia wykonawcy prawa do składania dodatkowych informacji (dowodów) w zakresie wykraczającym poza zakres wskazany przez zamawiającego, który w jego ocenie ma wpływ na poziom ceny podanej w ofercie. Wykonawca będzie mógł także przedstawiać dodatkowe wyjaśnienia (dowody) w zakresie, który uznaje za ważny i istotny oraz mający wpływ na poziom ceny.

Projektowane przepisy w jednoznaczny sposób wskazują, iż zamawiający w procesie badania ceny oferty będzie zobowiązany do przeprowadzenia z wykonawcą konsultacji. Zamawiający w konsultacji z wykonawcą będzie weryfikował składowe elementy oferty, których dotyczyło żądanie zamawiającego. Podczas konsultacji wykonawca będzie mógł przedstawić, podobnie jak ma to miejsce w przypadku złożenia dokumentów, oprócz dowodów w zakresie żądanym przez zamawiającego, również dowody dotyczące innych elementów składowych oferty, które w ocenie wykonawcy mają wpływ na niską cenę oferty, np. w sytuacji gdy żądanie zamawiającego dotyczyło rozwiązań technicznych, które będą dostępne wykonawcy przy realizacji zamówienia, wykonawca przedstawiając informacje i dowody dotyczące tych rozwiązań technicznych, może także przedstawić dowody dotyczące innych aspektów oferty mających wpływ na jej cenę, np. uzyskanej pomocy publicznej.

Zgodnie z projektowanymi przepisami, zamawiający w konsultacji z wykonawcą będzie weryfikował składowe elementy oferty, których dotyczyło żądanie zamawiającego. Równocześnie zamawiający będzie obowiązany do wzięcia pod uwagę przedstawionych przez wykonawcę wszelkich dowodów obejmujących elementy składowe oferty. Co do zasady, na podstawie złożonych wyjaśnień, dowodów i przeprowadzonych konsultacji z wykonawcą zamawiający będzie dokonywał oceny, czy niski poziom ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest uzasadniony i nie zagraża prawidłowej realizacji zamówienia.

Jedynym wyjątkiem od obowiązku przeprowadzenia przez zamawiającego konsultacji z wykonawcą w procesie badania ceny będzie sytuacja, gdy z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę na żądanie zamawiającego, jednoznacznie wynika, iż niski poziom ceny jest uzasadniony i nie zagraża prawidłowej realizacji zamówienia, tym samym nie ma konieczności przedstawiania przez wykonawcę dodatkowych wyjaśnień, by oferta przez niego złożona brała udział w dalszym postępowaniu, a jej uznanie za ofertę najkorzystniejszą i w konsekwencji zawarcie umowy nie zagraża prawidłowej realizacji zamówienia.

Podkreślić należy, iż odrzucenie oferty z powodu zbyt niskiej ceny bez uprzedniej możliwości wykazania przez wykonawcę realności złożonej oferty należy uznać za niedopuszczalne.

Projektowane przepisy nie ograniczają formy, w której mają być przeprowadzone konsultacje. Zamawiający będzie mógł elastycznie określić, na potrzeby prowadzonych postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, sposób przeprowadzenia konsultacji z uwzględnieniem swoich potrzeb i możliwości oraz okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia (rodzaj, wielkość, wartość, skomplikowanie, warunki rynkowe itp.), a także specyfiki toczącego się postępowania (termin udzielenia zamówienia, ilość ofert podlegających wyjaśnieniu w zakresie ceny, ilość pozycji w ofercie wymagających skonsultowania z wykonawcą itp.). W konsekwencji, zamawiający będzie mógł przewidzieć przeprowadzenie konsultacji dotyczących zbyt niskiej ceny zaproponowanej w ofercie wykonawcy zarówno w formie pisemnej, jak i bezpośrednich rozmów przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy. W tym drugim przypadku zasadne będzie, w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych, z której wynika obowiązek udokumentowania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności mających wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, aby został sporządzony protokół z konsultacji, potwierdzający w formie pisemnej ich przebieg, ustalenia i wynik. Wszystkie dokumenty związane z procedurą wyjaśniania rażąco niskiej ceny, obejmujące m.in.: zapytanie zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy, inną ich korespondencję pisemną oraz protokół z bezpośrednich konsultacji, będą stanowiły załączniki do protokołu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia

publicznego. Podkreślić należy, iż załącznik do protokołu obrazujący przebieg konsultacji w zakresie badania ceny oferty będzie, zgodnie z art. 96 ust. 3, udostępniany dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, tym samym jawność treści przedmiotowego załącznika do protokołu nie będzie naruszała zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Podkreślić należy, iż projektowane przepisy nie mogą być odczytywane jako wprowadzenie możliwości negocjacji z wykonawcą określonych uprzednio przez zamawiającego warunków na jakich realizowane ma być zamówienie, jak i prowadzić do istotnych zmian treści oferty a w szczególności jej ceny.

Z uwagi na fakt, iż dokumenty służące wyjaśnianiu ceny mogą zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa, proponuje się uregulowanie problematyki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w wyjaśnieniach i dokumentach dodatkowych przedstawianych przez wykonawcę. Zauważyć bowiem należy, iż przepis art. 8 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, nie obejmuje informacji zawartych w dowodach przekazywanych w procedurze badania i wyjaśniania ceny. Stąd też proponuje się uzupełnienie art. 8 ustawy o przepis, zgodnie z którym zamawiający nie będzie ujawniał informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawartych w złożonych przez wykonawcę dowodach lub przedstawionych podczas konsultacji dotyczących wyjaśniania poziomu ceny. Jedynym warunkiem jaki będzie musiał spełnić wykonawca, aby tajemnica jego przedsiębiorstwa podlegała ochronie, mimo obowiązującej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, będzie, analogicznie jak ma to miejsce w obowiązującym przepisie art. 8 ust. 3, zastrzeżenie dokonane nie później niż w terminie złożenia lub przedstawienia informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyżej wymienione zastrzeżenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa nie będzie dotyczyło organów kontroli, Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów orzekających w sprawach z zakresu zamówień publicznych.

Równocześnie proponuje się doprecyzowanie, że zamawiający wyznaczając termin na złożenie przez wykonawcę dokumentów, będzie obowiązany wziąć pod uwagę czas niezbędny na ich przygotowanie, tj. proponuje się przepis, zgodnie z którym zamawiający jest obowiązany wyznaczyć termin rozsądny. Decyzja zamawiającego o wyznaczeniu

terminu składania wyjaśnień ma charakter indywidualny i powinna być uzależniona przede wszystkim od zakresu żądanych informacji.

Proponuje się wprowadzenie regulacji, która w sposób jednoznaczny wskaże, iż ciężar udowodnienia, że cena oferty jest niższa niż od poziomu gwarantującego należyte wykonanie zamówienia, spoczywa na wykonawcy. W związku z czym proponuje się również przeformułowanie przesłanki odrzucenia oferty poprzez wskazanie, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca, w procedurze „wyjaśniania ceny” (zmieniany art. 90 ustawy), nie wykazał, iż zawarta w jego ofercie cena jest uzasadniona i zapewnia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa. Podkreślić należy, iż najważniejszym elementem projektowanego przepisu jest wskazanie, iż odrzucenie oferty następuje po przeprowadzeniu procedury wyjaśniania ceny, tj. po przeprowadzeniu procedury określonej w projektowanym art. 90 ust. 2.

Jednocześnie zauważyć należy, iż choć nie jest możliwe ustalenie definicji rażąco niskiej ceny, poprzez określenie matematycznej formuły służącej automatycznemu wskazywaniu tego rodzaju cen ofert, niemniej jednak projektowane przepisy można określić jako swojego rodzaju definicję oferty zawierającej cenę „nienormalnie niską”, która podlega obowiązkowemu odrzuceniu przez zamawiającego. Zgodnie z projektowanymi regulacjami, będzie to oferta, której cena nie zapewnia wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa.

Warto podkreślić, iż wykonawca składając swą ofertę w przetargu wyraża swoją akceptację dla obowiązku złożenia przez siebie wyjaśnień co do odpowiedniego poziomu ceny przewidzianej w złożonej przez siebie ofercie, w sytuacji w której zamawiający o to wystąpi. Co do zasady zatem, obowiązkiem wykonawcy działającego w dobrej wierze jest aktywne wzięcie udziału w wyjaśnianiu jak i w prowadzonych z zamawiającym konsultacjach dotyczących poziomu zaproponowanej ceny.

Tym samym, zachowanie wykonawcy, który w trakcie procedury badania i wyjaśniania ceny wskazuje na uchylenie się od złożenia dowodów zmierzających do wykazania, iż cena jego oferty jest właściwa lub udziału w konsultacjach, należy uznać za uchylenie się od podstawowych obowiązków. Jednocześnie sytuacja taka, jeżeli dotyczy oferty najkorzystniejszej, może wskazywać na zamiar uchylenia się od skutków prawnych wynikających ze złożenia przez siebie oferty najkorzystniejszej polegających na obowiązku zawarcia umowy z zamawiającym. Brak aktywności wykonawcy w zakresie przedstawienia szczegółów dotyczących składowych elementów oferty i wyjaśnienia poziomu ceny może rodzić także podejrzenie, iż wykonawca złożył w postępowaniu ofertę „pozorną”, w innym celu niż uzyskanie zamówienia.

Mając powyższe na względzie projekt ustawy przewiduje wprowadzenie sankcji zatrzymania wadium. Sankcja ta jest konieczna dla zabezpieczenia prawidłowego przebiegu procedury udzielenia zamówienia publicznego. Podkreślić należy, iż projektowana regulacja dotycząca zatrzymywania wadium nie tylko będzie zabezpieczała prawidłowość przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również będzie przeciwdziałała znikom wykonawców i potencjalnej manipulacji wynikami postępowania, bowiem będzie ona obejmowała wykonawców, którzy składając oferty z niską ceną i równocześnie nie uczestnicząc w jej wyjaśnianiu, przez swoje zachowanie zakłócają proces udzielenia zamówienia publicznego, w szczególności wpływają na wybór wykonawcy i „pozycję w rankingu” ofert złożonych przez innych wykonawców.

Równocześnie podkreślić należy, iż projektowany przepis dotyczący zatrzymywania wadium, nie będzie obejmował sytuacji, gdy wykonawca brał czynny udział w badaniu ceny, tj. uczestniczył w konsultacjach i przedstawiał dowody dotyczące wysokości ceny. Tym samym, co należy podkreślić, projektowany przepis dotyczący zatrzymywania wadium nigdy nie będzie miał zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca aktywnie brał udział w procedurze określonej w projektowanym art. 90 ust. 2 dotyczącej badania i wyjaśniania ceny lecz mimo jego działań nie udało mu się wykazać, iż zawarta w jego ofercie cena jest uzasadniona i zapewnia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa, i na skutek czego jego oferta została odrzucona przez zamawiającego zgodnie z projektowanym art. 89 ust. 1 pkt 4.

Proponowane zmiany stanowią spójną i kompleksową regulację dotyczącą jednej z najwrażliwszych kwestii w procesie udzielania zamówień publicznych a mianowicie badania realności cen składanych w trakcie przetargu przez wykonawców. Proponowane zmiany przede wszystkim zwiększają pewność stosowania prawa, ograniczają ryzyko wyboru wykonawców nie gwarantujących należytego wykonania zamówienia za cenę proponowaną w ofercie, przyczyniając się tym samym do podniesienia efektywności realizacji zadań publicznych. Zapewniają także realizację zasady uczciwej konkurencji, w sposób istotny zapobiegając składaniu przez wykonawców ofert z nie mającymi uzasadnienia niskimi cenami.

II. Doprecyzowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy.

(art. 24 ust. 2a oraz art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a, art. 24a, art. 67 ust. 4, art. 131e ust. 1, 4a i 5, art. 138c w ust. 1 pkt 5 oraz art. 154 pkt 5a i art. 154b)

Wyrokiem z dnia 13 grudnia 2012 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C – 465/11 dokonał interpretacji art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej). Interpretacja przeprowadzona przez ETS ma wpływ na treść obecnie obowiązujących przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy PZP. W związku z tym konieczne jest dokonanie zmiany ww przepisów w taki sposób, aby były w pełni zgodne z wnioskami wyciągniętymi przez ETS. I tak, proponuje się doprecyzowanie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie, iż zamawiający może wykluczyć z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Projektowany przepis obejmie zarówno sytuacje, gdy naruszenie obowiązków zawodowych nastąpiło na skutek działania, jak i zaniechania wykonawcy.

W ww. orzeczeniu Trybunał uznał, że zakres pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit d) nie ogranicza się do naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w danym zawodzie, których naruszenie stwierdza właściwy organ dyscyplinarny ustanowiony lub prawomocne orzeczenie sądowe. Zdaniem Trybunału, co do zasady, niewykonanie zobowiązań umownych po stronie wykonawcy można również uznać za wykroczenie zawodowe, jednakże pojęcie „poważnego wykroczenia” odnosi się do takiego zachowania danego wykonawcy, który wykazuje zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.

W związku z faktem, iż polskiemu systemowi prawnemu nie jest znane pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego”, a samo pojęcie „wykroczenie” jest wiązane z przepisami zawartymi w Kodeksie wykroczeń oraz przepisami sankcjonującymi zawartymi w poszczególnych ustawach obejmujących wykroczenia, jak również w związku z faktem, iż nie jest możliwe zawarcie w przepisach Prawa zamówień publicznych wszelkich norm deontologicznych obowiązujących w poszczególnych zawodach, konieczne było użycie

innych sformułowań, które oddałyby zakres znaczeniowy, który pojęciu „wykroczenie zawodowe” został przypisany tak przez przepisy dyrektywy klasycznej, jak i przez Trybunał.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż posłużenie się w projektowanym art. 24 ust. 2a pojęciami, których zakres został zdefiniowany przez polski system prawa, skutkuje powstaniem normy spełniającej wymagania dotyczące określoności prawa, mające szczególnie istotne przy formułowaniu przepisów o charakterze w pewien sposób sankcyjnym, w tym przypadku przepisów dotyczących wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Jednocześnie należy zauważyć, iż posłużenie się w projektowanym przepisie art. 24 ust. 2a pojęciem „rażące niedbalstwo” oraz „naruszenie obowiązków zawodowych” przyczynia się również do pełnego oddania treści orzeczenia z dnia 13 grudnia 2012 r. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie w sprawie C – 465/11, a tym samym art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który: (...) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;”.

Odnosząc się do kolejnego zwrotu zawartego w projektowanym art. 24 ust. 2a „udowodnionego dowolnymi środkami przez zamawiającego”, należy zauważyć, że ustanowienie otwartego katalogu środków dowodowych wynika wprost z prawa unijnego; zwrot ten pochodzi z art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy klasycznej, pojęciem tym posłużył się również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekając w sprawie w sprawie C – 465/11.

Zgodnie z omawianym orzeczeniem Trybunału niedopuszczalne jest wprowadzenie przepisów, które zobowiązywały zamawiającego do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, i równocześnie konieczne jest wprowadzenie regulacji wymagającej od zamawiającego zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.

Mając powyższe na względzie w projektowanym art. 24 ust. 2a zaproponowano jednoznaczne wskazanie, że zamawiający będzie mógł wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych poważne naruszenie obowiązków zawodowych, w szczególności niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, tj. proponując otwarcie katalogu dowodów, którymi może posłużyć się zamawiający w celu wykluczenia wykonawcy, oddano zarówno treść omawianego orzeczenia Trybunału, jak i stworzono realne oraz elastyczne narzędzie umożliwiające zamawiającemu niedopuszczenie do sytuacji, w której realizacja

zamówienia jest powierzana wykonawcy nielegitymizującemu się wiarygodnością zawodową, co skutkuje powstaniem ryzyka nieprawidłowego wykonania zamówienia.

Środkami dowodowymi będą mogły być, co jest niezaprzeczalne, orzeczenia sądu oraz odpowiednich komisji dyscyplinarnych, stwierdzające, iż wykonawca dopuścił się rażącego niedbalstwa lub w wyniku zamierzonego działania nie wywiązał się ze swoich obowiązków lub też w inny sposób poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Ponadto dowodami tymi będą mogły być wszelkie dokumenty posiadane przez zamawiającego poświadczające dopuszczenie się przez wykonawcę co najmniej rażącego niedbalstwa przy realizacji zobowiązań, w szczególności w zakresie realizacji zamówienia publicznego. Dowody te będą mogły pochodzić zarówno od zamawiającego jak i z innych źródeł, w tym od innych zamawiających. Dowodami tymi będą przede wszystkim protokoły z postępowań, protokoły dotyczące odebrania przedmiotu zamówienia, dokumenty sądowe dotyczące dochodzenia roszczeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Podkreślić należy, iż zamawiający posługując się ww. dowodami będzie musiał udowodnić w postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed sądem, iż wykonawca wypełnił przesłanki dotyczące wykluczenia.

Zaproponowano również, aby projektowany art. 24 ust. 2a miał charakter fakultatywny, tj. by zamawiający podejmował decyzję o tym, czy będzie omawianą przesłankę wykluczenia wykonawcy w danym postępowaniu stosował. Zamawiający będzie decyzję o jej stosowaniu podejmował przed wszczęciem postępowania, a informację o tym zamieszczał w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie, w przypadku podjęcia decyzji o stosowaniu przedmiotowej przesłanki wykluczenia, zamawiający będzie obowiązany traktować wszystkich wykonawców w tożsamy sposób, tj. w sytuacji, gdy dwóch wykonawców znajduje się w zbliżonej sytuacji wpływającej na ich wiarygodność zawodową, i zamawiający dysponuje analogicznymi dowodami w obydwu sprawach, będzie obowiązany do podjęcia wobec obydwu wykonawców takich samych działań. Tym samym, w powyższej sytuacji nie będzie możliwe podjęcie przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu tylko jednego z wykonawców. W tym miejscu podkreślić należy, iż projektowany przepis art. 24 ust. 2a nie zmienia, a tym bardziej nie uchyla, podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakimi są równe traktowanie wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji.

Podobnie jak ma to miejsce w świetle obowiązujących przepisów, negatywne skutki zawinionych uchybień wykonawcy wpływających na jego wiarygodność zawodową będą ograniczone ramami czasowymi, w przypadku zamówień na dostawy lub usługi okres ten będzie wynosił 3 lata, a na roboty budowlane 5 lat.

W związku z wprowadzeniem przepisu art. 24 ust. 2a, uchyleniu będą podlegały przepisy art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a oraz przepisy związane z prowadzeniem wykazu wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, tj. art. 24a, art. 154 pkt 5a i art. 154b. Jednocześnie do przepisów art. 67 ust. 4, art. 131e ust. 1 art. 138c ust. 1 pkt 5 zostało zaproponowane wprowadzenie zmian odzwierciedlających projektowane regulacje w zakresie wykluczania wykonawców, zmiany zawarte w ww. przepisach stanowią tak zwane konsekwencje legislacyjne zmian wprowadzanych w ramach art. 24.

Podkreślić należy, iż wśród wyżej wymienionych przepisów uchylanych w związku z wprowadzeniem art. 24 ust. 2a znajdują się regulacje dotyczące tzw. „czarnej listy”, czyli prowadzenia wykazu wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a także regulacje obligujące zamawiających do przekazywania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych stosownego orzeczenia sądu, niezwłocznie po jego uprawomocnieniu się oraz informacji w przedmiotowym zakresie dotyczących danych wykonawcy (imię i nazwisko, numer PESEL oraz miejsce zamieszkania, adres prowadzenia działalności gospodarczej oraz numer wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, a w odniesieniu do osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej - firmę oraz siedzibę, a także numer wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego). Uchylenie ww. przepisów nie tylko wpłynie na zmniejszenie obciążeń administracyjnych zamawiających, ale także wymusi faktyczne, a wymagane przez omawiane orzeczenie Trybunału, indywidualne podejście przez zamawiającego do każdego z wykonawców biorących udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec uchylenia przepisów dotyczących wykazu wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a tym samym wobec braku przedmiotowego wykazu i danych wykonawców, zamawiający każdorazowo będzie obowiązany do przeprowadzenia badania wykonawcy i rozważenia, czy w jego działalności zawodowej nie miały miejsca sytuacje, które powinny powodować wykluczenie z udziału w postępowaniu, o ile przewidział tę przesłankę w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konieczność wprowadzenia omawianych przepisów w odrębnych ustępach przepisów art. 24 ust. 2a i art. 131e ust. 4a wynika z faktu, iż projektowane przesłanki wykluczenia różnią się zasadniczo od obecnie przewidzianych w ustawie Pzp, co do których wykonawca na podstawie art. 26 ust. 2a Pzp na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio na dzień składania wniosków lub składania ofert m.in. brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Przepis art.

26 ust. 2a nie będzie miał zastosowania do proponowanych przesłanek wykluczenia, których zastosowanie i udowodnienie będzie spoczywało wyłącznie na zamawiającym.

III. Odformalizowanie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia poprzez rezygnację z obowiązku składania ofert oraz zmniejszenie minimalnej liczby wykonawców zapraszanych do udziału w negocjacjach prowadzonych w tym trybie.

(art. 63 ust. 3, art. 63a oraz art. 61)

W celu odformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z dwóch trybów prowadzonych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, proponuje się wprowadzenie dwóch zasadniczych zmian (1) zmniejszenie minimalnej liczby wykonawców, których zamawiający powinien zaprosić do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia z 5 do 3 oraz (2) dodanie przepisu art. 63a umożliwiającego zawarcie umowy bez składania ofert.

Zgodnie z projektowanym art. 63 ust. 3 zamawiający, w trybie negocjacji bez ogłoszenia, będzie zapraszał do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a nie jak obecnie 5. Pozostała część przepisu, zgodnie z którą w sytuacji gdy, ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia, liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, zamawiający będzie musiał zaprosić do negocjacji 2 wykonawców, nie ulega zmianie. Zmniejszenie minimalnej liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji jest zgodne z prawem unijnym, a jednocześnie stanowi odformalizowanie postępowania.

Zgodnie z projektowanym przepisem art. 63a zamawiający, po przeprowadzeniu negocjacji z zaproszonymi wykonawcami będzie mógł udzielić zamówienia wykonawcy, który zaproponował najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia, bez uprzedniego wzywania wykonawców biorących udział w negocjacjach do składania ofert. Jedynym warunkiem stawianym zamawiającemu przez projektowane przepisy, którego spełnienie umożliwi udzielenie zamówienia bez składania ofert, jest uprzednie przewidzenie tej możliwości w zaproszeniu do negocjacji oraz określenie zasad prowadzenia negocjacji, które zapewniają zachowanie uczciwej konkurencji i porównywalność propozycji wykonawców.

Zgodnie z projektowanym przepisem, zamawiający po negocjacjach z poszczególnymi wykonawcami będzie żądał potwierdzenia zaproponowanych przez wykonawcę w trakcie negocjacji warunków realizacji zamówienia, w szczególności przez złożenie podpisu pod protokołem z negocjacji. Jednocześnie, projektowany przepis wskazuje, iż w przypadku podjęcia decyzji o prowadzeniu postępowania bez konieczności

składania ofert, będzie miał zastosowanie art. 68 ust. 2, tj. wykonawca będzie obowiązany, aby najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, do złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, również dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków.

W proponowanym, odformalizowanym trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamawiający nie będzie przygotowywał i przekazywał wykonawcom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest zbędna w projektowanym trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdyż wykonawcy nie będą składali w tym trybie ofert, a wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa będzie opierał się na zaproponowanych przez wykonawców w trakcie negocjacji warunków realizacji zamówienia, potwierdzonych w szczególności poprzez złożenie podpisu pod protokołem z negocjacji. Dlatego też w proponowanym art. 63a ust. 1 proponuje się wyłączenie stosowania art. 36 ust. 1-3 oraz art. 37 i 38, z których wynikają obowiązki odnośnie przygotowania i przekazywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Równocześnie proponuje się, by w przypadku skorzystania przez zamawiającego z możliwości udzielenia zamówienia bez składania ofert, nie miały zastosowania przepisy art. 64 oraz przepisy Rozdziału 4 Działu II (przepisy od art. 82 do art. 95). Natomiast przepisy art. 63 ust. 2 będą stosowane odpowiednio, co oznacza iż w zaproszeniu do negocjacji nie będą podawane informacje dotyczące możliwości składania ofert częściowych, oferty wariantowej oraz kryteriów oceny ofert i ich znaczenia. Jednocześnie, co również jest bezsporne, w omawianej sytuacji nie będą miały zastosowania przepisy dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty. Również odpowiednie stosowanie proponuje się w przypadku art. 36 ust. 4 i 5 ustawy, które dotyczą kwestii wskazania w ofercie lub siwz możliwości realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców. Co oznacza, iż zamawiający informację o zastrzeżeniu osobistego wykonania części lub całości zamówienia przez wykonawcę albo o żądaniu wskazania części zamówienia, która będzie realizowana przez podwykonawcę powinien zawrzeć w zaproszeniu do negocjacji.

Podkreślić należy, iż projektowany przepis będzie miał charakter fakultatywny, od decyzji zamawiającego będzie zależało skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia bez składania ofert w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w sposób analogiczny jak ma to miejsce w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Na skutek wprowadzenia przepisu art. 63a konieczne jest uzupełnienie treści art. 61 definiującego tryb negocjacji bez ogłoszenia. Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem tego

przepisu negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Wobec wprowadzanych zmian przepis art. 61 uzupełniono o zastrzeżenie dotyczące art. 63a, tj. przepisu zezwalającego na to by w omawianym trybie możliwe było zawarcie umowy z pominięciem etapu składania ofert.

IV. Nieujawnianie danych osobowych oraz wysokości honorarium wykonawcy zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki w zakresie działalności kulturalnej lub w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.

(art. 8 ust. 5)

W celu zapewnienia ochrony danych osobowych artystów i twórców oraz osób, które współpracują z instytucjami kultury, np. kolekcjonerów, którzy sprzedają swoje zbiory muzeom, proponuje się uzupełnienie przepisu art. 8 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, o kolejny wyjątek dotyczący przedmiotowej zasady jawności.

Zgodnie z projektowanym przepisem w dwóch przypadkach nie będzie się ujawniało danych osobowych lub wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia, (1) w przypadku zamówienia w zakresie działalności kulturalnej udzielonego w trybie z wolnej ręki z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów (np. zakup danego obrazu od kolekcjonera) oraz (2) w przypadku zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej udzielonego w trybie z wolnej ręki.

Jedynym warunkiem jaki będzie musiał spełnić wykonawca by jego dane osobowe oraz wysokość honorarium podlegały ochronie, mimo obowiązującej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, będzie, analogicznie jak ma to miejsce w obowiązującym przepisie art. 8 ust. 3, zastrzeżenie dokonane nie później niż przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Omawiany zakaz udostępniania danych, objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nie będzie obejmował organów kontrolujących, członków Krajowej Izby Odwoławczej, czy sędziów.

Przepisy przejściowe.

Przepisy projektowanej ustawy nie będą miały zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych a nie zakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy – tych postępowań i umów stosować się będzie przepisy dotychczasowe. Przepisy dotychczasowe będzie się także stosować do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych po dniu wejścia w życie przepisów ustawy w następstwie postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych przed dniem wejścia przepisów ustawy.

Wejście w życie proponowanych przepisów.

Proponuje się, aby projektowana ustawa nowelizująca ustawę – Prawo zamówień publicznych weszła w życie po upływie 14 dni od dnia jej ogłoszenia.

Projektowana ustawa nie zawiera przepisów technicznych w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039, z późn. zm.), w związku z tym nie podlega notyfikacji.

Przedmiotowy projekt nie jest sprzeczny z obowiązującymi regulacjami Unii Europejskiej w tym zakresie.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingskiej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414, z późn. zm.) projekt ustawy został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Zamówień Publicznych. W trybie określonym w tej ustawie nie zgłoszono zainteresowania pracami nad projektem.

Jednocześnie, zgodnie z § 11a uchwały Nr 49 Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. Nr 13, poz. 221, z późn. zm.), projekt ustawy został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji.

OCENA SKUTKÓW REGULACJI

1. Podmioty, na które oddziałuje akt normatywny.

Projekt bezpośrednio oddziałuje na zamawiających oraz wykonawców zamówień publicznych.

2. Konsultacje społeczne.

Projekt ustawy został przekazany do konsultacji następującym podmiotom:

- 1) Business Centre Club,
- 2) Europejska Unia Małych i Średnich Przedsiębiorstw oraz Klasy Średniej Unicorn,
- 3) Forum Związków Zawodowych,
- 4) Fundacja im. Stefana Batorego,
- 5) Fundacja Instytutu Rozwoju Regionalnego,
- 6) Fundacja Małych i Średnich Przedsiębiorstw,
- 7) Fundacja na Rzecz Nauki Polskiej,
- 8) Instytut Badań nad Demokracją i Przedsiębiorstwem Prywatnym,
- 9) Izba Projektowania Budowlanego,
- 10) Komitet Polityki Naukowej,
- 11) Konferencja Rektorów Akademickich Szkół Polskich,
- 12) Konferencja Rektorów Publicznych Szkół Zawodowych,
- 13) Konferencja Rektorów Zawodowych Szkół Polskich,
- 14) Krajowa Izba Gospodarcza,
- 15) Krajowa Rada Izby Architektów RP,
- 16) Krajowa Rada Spółdzielcza,
- 17) Kujawsko – Pomorska Okręgowa Izba Inżynierów Budownictwa,
- 18) Niezależny Samorządny Związek Zawodowy „Solidarność 80”,
- 19) Niezależny Samorządny Związek Zawodowy „Solidarność”,

- 20) Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa,
- 21) Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych,
- 22) Polska Akademia Nauk,
- 23) Polska Akademia Umiejętności,
- 24) Polska Izba Inżynierów Budownictwa,
- 25) Polska Izba Ubezpieczeń,
- 26) Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan,
- 27) Polska Organizacja Handlu i Dystrybucji,
- 28) Polska Rada Biznesu,
- 29) Polski Związek Pracodawców Budownictwa,
- 30) Polski Związek Producentów Kruszyw,
- 31) Pracodawcy RP,
- 32) Rada Główna Instytutów Badawczych,
- 33) Stowarzyszenie - Polski Kongres Drogowy,
- 34) Śląska Izba Budownictwa,
- 35) Związek Pracodawców Producentów Materiałów dla Budownictwa,
- 36) Związek Rzemiosła Polskiego.

Do projektu ustawy uwagi zgłosiły następujące podmioty:

- 1) Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa,
- 2) Izba Projektowania Budowlanego,
- 3) Rada Główna Instytutów Badawczych,
- 4) Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych,
- 5) Niezależny Samorządny Związek Zawodowy „Solidarność”,
- 6) Sekcja Krajowa Drogownictwa NSZZ „Solidarność”,
- 7) Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji,
- 8) Polska Akademia Nauk,

- 9) Pracodawcy RP,
- 10) Śląska Izba Budownictwa w Katowicach
- 11) Związek Rzemiosła Polskiego:.

Konferencja Rektorów Publicznych Szkół Zawodowych poinformowała, że nie zgłasza uwag do projektu.

Wszyscy partnerzy społeczni, poza Radą Główną Instytutów Badawczych, wyrazili co do zasady swe pozytywne stanowisko do projektu. Niektórzy z partnerów zgłosili jednak propozycje szczegółowych korekt do brzmienia niektórych przepisów.

Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa, zwana dalej „Izbą”, pozytywnie oceniła zmiany w art. 8 i art. 24 z pewnymi jednak zastrzeżeniami. Zdaniem Izby, art. 8 ust. 4 powinien uwzględniać również szczegóły dotyczące składowych elementów ofert. Izba pozytywnie oceniła lub nie zgłosiła uwag do pozostałych zmian uwzględnionych w przedmiotowym projekcie, z wyjątkiem następujących propozycji przepisów (1)art. 46 ust. 6 - z uwagi na nieostre sformułowanie; (2)art. 89 ust. 1 pkt 4 –pozostawia przede wszystkim w gestii zamawiającego ustalenie czy cena oferty została prawidłowo skalkulowana; (3)art. 90 - z uwagi na uzależnienie zastosowania trybu zwrócenia się o wyjaśnienia wyłącznie od uznania zamawiającego. Izba zaproponowała dodanie do art. 90 dodatkowego zapisu wskazującego, że cena określona w ofercie we wszystkich wypadkach powinna być uważana za rażąco niską, a wykonawca ma obowiązek podania szczegółów dotyczących składowych elementów oferty.

Izba Projektowania Budowlanegooceniła ponownie jako potrzebne i korzystne zmiany, które były już przedmiotem konsultacji na etapie prac nad projektem założeń w zakresie:

- 1) identyfikacji i eliminacji z postępowań ofert z nadmiernie niską ceną,
- 2) wyboru „rzetelnego” wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy,
- 3) ułatwienia w prowadzeniu postępowań w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego.

Izba pozytywnie także oceniła odejście od używania w przepisach ustawy Pzp określenia „cena rażąco niska”.

Rada Główna Instytutów Badawczych, zwana dalej „RGIB” pozytywnie odniosła się do wprowadzanej procedury badania ofert (art. 90), których cena wydaje się zbyt niska. Jednocześnie RGIB zgłosiła propozycje: pozostawienia pojęcia „rażąco niskiej ceny”, które w ocenie RGIB jest trafniejsze od proponowanej nazwy „niski poziom ceny” oraz doprecyzowanie formy w jakiej zamawiający powinien dokumentować przeprowadzone konsultacje z wykonawcą. RGIB negatywnie oceniła propozycję wprowadzenia zmian zawartych w przepisach art. 24 ust. 2a oraz art. 131e ust. 4a oraz w art. 138 ust. 1 pkt 5, z uwagi na ryzyko nierównego traktowania wykonawców (fakultatywna przesłanka wykluczenia), możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie wywiązali się w przeszłości z powierzonych im zamówień oraz pozostawienie ciężaru udowodnienia nierzetelności wykonawcy zamawiającemu. RGIB negatywnie odniosła się do uchylecia art. 24a argumentując, iż brak obowiązku zawiadamiania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o orzeczeniach sądu stwierdzających wyrządzenie szkody przez wykonawcę narusza zasadę transparentności. Nie spotkało się z akceptacją RGIB wprowadzenie obowiązku zatrzymania wadium w związku z naruszeniem przepisów odnośnie badania ceny. Zdaniem konsultanta sankcja w postaci odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest sankcją wystarczającą.

Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych, dalej „OPZZ”, pozytywnie oceniło wprowadzenie do systemu prawnego zmian określających precyzyjne procedury badania ofert, których cena wydaje się zamawiającemu niewiarygodnie niska. OPZZ uznało również za celowe wprowadzenie zmian w ustawie – Prawo zamówień publicznych, które stworzą mechanizmy eliminujące ryzyko nienależytego wykonania zamówienia w sytuacji, w której uzasadnione jest prawdopodobieństwo złożenia oferty zawierającej cenę niepokrywającą kosztów.

Niezależny Samorządny Związek Zawodowy „Solidarność” pozytywnie ocenił całość zaproponowanej nowelizacji oraz kierunek, w jakim zmierzają przedstawione w niej rozwiązania. Zdaniem NSZZ „Solidarność”, szczegółowe uregulowania wymagają zdaniem konsultanta doprecyzowania oraz uzupełnienia i w tym celu zaproponował następujące rozwiązania: (1) zastąpienie pojęcia „zatrudnienia” zwrotem „prawa pracy”; (2) wprowadzenie obligatoryjności sprawdzenia oferty pod względem „zgodności z obowiązującymi przepisami

prawa pracy, a także warunkami bezpieczeństwa i higieny pracy obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane są roboty budowlane, usługi lub dostawy”, w każdym przypadku, również gdy cena oferty nie budzi zastrzeżeń zamawiającego oraz (3) wprowadzenie wymogu, wykonywania co najmniej 30% robót własnymi siłami przez firmę startującą do przetargu.

Sekcja Krajowa Drogownictwa NSZZ „Solidarność” zaproponowała:

- 1) określenie przez ustawodawcę katalogu naruszeń „obowiązków zawodowych” oraz doprecyzowanie pojęcia „zamierzone działanie”;
- 2) doprecyzowanie i ujednolicenie pojęć w zakresie procedury badania ceny oferty odnośnie użytych w projektowanym art. 90 pojęć: „szczegółów dotyczących składowych elementów oferty” oraz „złożenia dowodów”; zwrócono także uwagę na konieczność doprecyzowania, jakie dowody powinny być uznane za wystarczające w procesie badania ceny oferty.

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji, zwana dalej „PIIT”, pozytywnie oceniła całość zaproponowanej nowelizacji oraz kierunek, w jakim zmierzają przedstawione w niej rozwiązania oraz zgłosiła uwagi szczegółowe w zakresie:

- 1) zastąpienia w projektowanym art. 24 ust. 2 wyrażenia „w szczególności”, wyrażeniem „to jest”, co miałyby na celu zamknięcie katalogu sytuacji dotyczących poważnego naruszenia obowiązków zawodowych;
- 2) doprecyzowania proponowanego art. 46 ust. 6 pkt 2, aby przesłanka zatrzymania wadium była oparta na przesłankach obiektywnych;
- 3) rezygnacji z wprowadzania art. 63a, gdyż brak wymogu składania ofert może wpłynąć na zmniejszenie przejrzystości postępowania oraz może doprowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie zaoferował najkorzystniejszych warunków zamówienia;
- 4) wyjaśnień, które dotyczyłyby ceny całej oferty, ze szczególnym wskazaniem szczegółów dotyczących tych składowych elementów oferty, które uważa za istotne;
- 5) rezygnacji z konsultacji, z uwagi na niebezpieczeństwo wydłużenia procedury zamówienia publicznego, wprowadzanie elementu nieprzejrzystości procesu oraz utrudniania weryfikacji poprawności złożonych wyjaśnień i dowodów.

Polska Akademia Nauk:

- 1) pozytywnie oceniła sposób postępowania z wadium wykonawcy, który złożył ofertę z rażąco niską cenę i nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 46 ust. 6);
- 2) pozytywnie oceniła rezygnację ze zwrotu „rażąco niska cena” w kontekście wprowadzenia procedury wyjaśniania i konsultacji, wskazując na możliwe ułatwienia w pracy komisji przetargowej;
- 3) pozytywnie oceniła propozycje mające na celu odformalizowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia, wskazując na korzyści dla zamawiających prowadzących postępowanie w tym trybie (skrócenie procedury);
- 4) zaproponowała rozważenie nowej treści przepisu, niezawierającego pojęć niejednoznacznych i powodujących trudności dowodowe (zmiany w art. 24 oraz art. 131e).

Pracodawcy RP:

- 1) pozytywnie odnieśli się do propozycji zmierzające do identyfikacji i eliminacji z postępowań ofert z nadmiernie niską ceną.
- 2) co do zasady pozytywnie zaopiniowali zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia wykonawców, jednak podnieśli, iż propozycja unormowania nowej przesłanki wykluczenia nie uwzględnia konieczności powiązania faktu „wystąpienia poważnego wykroczenia zawodowego” z wpływem na wiarygodność tego wykonawcy (automatyzm wykluczania),
- 3) odnośnie zmiany przesłanki zatrzymania wadium wskazali na niebezpieczeństwo dla przedsiębiorców, z uwagi na określenie tej instytucji jako kary finansowej za złożenie oferty z ceną, która w ocenie zamawiającego będzie zbyt niska.

Śląska Izba Budownictwa pozytywnie oceniła wprowadzenie zmian dotyczących przesłanki wykluczenia wykonawcy, zgłaszając jednak propozycję przeredagowania brzmienia art. 24 ust. 2a poprzez:

- 1) ograniczenie stosowania przepisu do przypadków wskazanych jako przykładowe;

- 2) ustalenie jednego okresu 3 lat niezależnie od przedmiotu zamówienia;
- 3) zastąpienia zwrotu „wykluczyć z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” zwrotem „wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia”;
- 4) zastąpienia zwrotu „nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie” zwrotem „nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne”;
- 5) zastąpienia zwrotu „zamawiający jest w stanie wykazać” zwrotem „zamawiający jest w stanie udowodnić”;
- 6) uzupełnienia przepisu o dopisanie zaproszenia do negocjacji jako dokumentu, w którym zamawiający może także przewidzieć możliwość wykluczenia.

Ponadto Izba zaproponowała:

- 1) w projektowanym ust. 1 art. 63a dodanie po wyrazie „który” wyrazów „w trakcie negocjacji”, a także nowe brzmienie zdania drugiego ww. przepisu;
- 2) rezygnację z określania w ust. 2 art. 63a zasad prowadzenia negocjacji z zachowaniem uczciwej konkurencji, oraz doprecyzowanie, że porównywalność propozycji wykonawców dotyczy propozycji warunków realizacji zamówień zgłoszonych w trakcie negocjacji;
- 3) rezygnację z regulacji ust. 4 w art. 8, gdyż przepis ust. 3, chociaż dotyczy zastrzeżenia złożonego nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest interpretowany jako dotyczący także informacji zawartych w dokumentach i wyjaśnieniach składanych w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 oraz w trybie art. 90 ust. 1;
- 4) rezygnację z wprowadzania kolejnych przesłanek zatrzymania wadium, jako instrumentu służącego karaniu wykonawcy, nie zaś służącemu zabezpieczeniu interesów zamawiającego,
- 5) w art. 46 ust. 6 pkt 3 brzmienie „oferta wykonawcy, na podstawie kryteriów oceny ofert” (analogicznie jak w przepisie art. 91 ust. 1) lub „oferta wykonawcy, zgodnie z kryteriami oceny ofert” zamiast wadliwego według konsultanta zwrotu „oferta wykonawcy, w świetle kryteriów oceny ofert”
- 6) zmianę redakcji przepisu projektowanego art. 90 ust. 1 zdanie pierwsze, tak aby z jego treści nie wynikał obowiązek spełnienia dwóch zawartych w nim przesłanek „cena oferty

wyduje się zbyt niska” oraz „cena oferty budzi wątpliwości zamawiającego (...)”; w ocenie konsultanta zawarcie w przepisie przesłanki odnoszącej się do wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa” jest niezgodne z przepisami dyrektywy 2004/18/WE;

- 7) pozostawienie pojęcia „rażąco niska cena oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia”, które w ocenie konsultanta jest zgodne pojęciowo z przepisami dyrektywy 2004/18/WE;
- 8) nadanie nowego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4, uwzględniającego przepis art. 69 projektu nowej dyrektywy klasycznej, wskazując jednocześnie na potrzebę uzasadnienia przez zamawiającego przypuszczeń, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Związek Rzemiosła Polskiego:

- 1) pozytywnie ocenił zmiany wprowadzone w art. 90 projektu ustawy (z rozważeniem doprecyzowania niektórych pojęć);
- 2) negatywnie ocenił zmiany wprowadzone w art. 24, uznając nowy przepis jako dający swobodę w ocenie rzetelności wykonawcy, różnicujący w zależności od przedmiotu ramy czasowe oceny wykonawcy oraz niemający zastosowania do podwykonawców;
- 3) zaproponował, aby kryteria wykluczenia i przesłanki wyjaśnienia „zbyt niskiej ceny” były określane w formie wytycznych Prezesa Urzędu.

Opinia Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego

W dniu 14 sierpnia 2013 r. projekt został przekazany do zaopiniowania przez Komisję Wspólną Rządu i Samorządu Terytorialnego. W dniu 28 sierpnia 2013 r. projekt ustawy został pozytywnie zaopiniowany przez Komisję Wspólną Rządu i Samorządu Terytorialnego oraz został uznany za uzgodniony.

3. Wpływ regulacji na sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego.

Proponowane zmiany wpłyną pozytywnie na sektor finansów publicznych. Wprowadzona procedura badania ceny oferty oraz zmiany w zakresie przesłanki wykluczenia wykonawcy przyniosą korzyści w postaci wyeliminowania z postępowania wykonawców nierzetelnych oraz składających nierealne ceny ofert w przedmiocie realizacji zamówień publicznych. W konsekwencji powinny zostać wyeliminowane lub znacznie zmniejszone koszty związane z niewykonywaniem lub nieprawidłowym wykonywaniem zamówień publicznych, sporami powstałymi w związku z realizacją zamówień publicznych oraz stanowiącymi następstwo rozwiązywania umów o zamówienie publiczne. Proponowane zmiany przez zwiększenie pewności stosowania prawa oraz ograniczenie ryzyka wyboru wykonawców niegwarantujących należytego wykonania zamówienia za cenę proponowaną w ofercie, przyczynią się do podniesienia efektywności finansowej realizacji zadań publicznych i powinny służyć realizacji zasady oszczędnego, racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych.

4. Wpływ regulacji na rynek pracy.

Wejście w życie przepisów dotyczących badania ofert ze zbyt niską ceną może przyczynić się do zmniejszenia szarej strefy zatrudnienia. Zauważyć bowiem należy, iż istotnym nowym czynnikiem, który może być brany pod uwagę przez zamawiającego przy badaniu ceny jest możliwość żądania przedstawienia przez wykonawcę dokumentów obrazujących zgodność oferty z obowiązującymi przepisami dotyczącymi zatrudnienia i warunków pracy. Podkreślić należy, iż wprowadzana norma ma charakter jedynie doprecyzowujący, albowiem zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp zamawiający jest obowiązany, przy dokonywaniu oceny wyjaśnień wykonawcy dotyczących ceny, do wzięcia pod uwagę wszelkich obiektywnych czynników mających na nią wpływ. Jednym z tych czynników niewątpliwie jest przestrzeganie przez wykonawcę obowiązujących go przepisów prawa, zwłaszcza prawa pracy, w tym przepisów dotyczących wynagrodzenia za pracę oraz bezpieczeństwa i higieny pracy. Jednakże doświadczenie stosowania ustawy Pzp w obowiązującym brzmieniu wskazuje na to, iż zamawiający rzadko, dokonując oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę, badają przestrzeganie przez wykonawców tych przepisów. Równocześnie wykonawcy, w celu poprawienia konkurencyjności swojej oferty często zaniżają koszty pracy związane z realizacją zamówienia, a także naruszają przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz obowiązków związanych z zapewnieniem bezpiecznych i higienicznych warunków pracy.

5. Wpływ regulacji na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw.

I. Odsunięcie z postępowań nierzetelnego wykonawcy.

Projektowane przepisy będą miały wpływ na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość ograniczając, czy wręcz uniemożliwiając, dostęp do zamówień publicznych przedsiębiorcom nierzetelnym, mogą doprowadzić zarówno do promowania przedsiębiorców rzetelnych, jak i do zwiększenia uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Projektowana ustawa będzie miała przede wszystkim wpływ na funkcjonowanie przedsiębiorców z branż gospodarki (np. roboty budowlane w zakresie dróg), dla których „rynek” zamówień publicznych stanowi podstawowy obszar prowadzenia działalności gospodarczej. Przede wszystkim przyczyni się do odsunięcia od rynku zamówień publicznych przedsiębiorców, którzy w sposób zawiniony poważnie naruszyli obowiązki zawodowe, w szczególności gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonali lub nienależycie wykonali zamówienie oraz przedsiębiorców oferujących nierealne lub niezasadnie niskie ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy zauważyć, iż projektowane regulacje mogą przyczynić się do znaczących, pozytywnych zmian, w funkcjonowaniu przedsiębiorstw, poprzez promowanie przedsiębiorców rzetelnych, nastawionych na uczciwą konkurencję w ubieganiu się o zamówienia, prawidłowo realizujących powierzone im zadania oraz wywiązujących się z podjętych zobowiązań w zakresie uzyskanych zamówień publicznych.

Obciążenia administracyjne.

Nowe regulacje dotyczące odsunięcia nierzetelnych wykonawców od udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w związku z rezygnacją z obowiązku prowadzenia przez Prezesa Urzędu wykazu wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, spowodują zmniejszenie obciążeń administracyjnych zamawiających wynikające z obowiązku przekazywania danych dotyczących tego rodzaju wykonawców oraz Urzędu Zamówień Publicznych w związku z rezygnacją z prowadzenia wykazu wykonawców.

Z końcem sierpnia 2013 roku w wykazie wykonawców, o którym mowa w art. 154 ust. 5a ustawy Pzp znajdowało się 4 wykonawców. Do Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło natomiast w 2013 roku 21 informacji przesłanych przez zamawiających w trybie art. 24a

ustawy Pzp dotyczących orzeczeń wydanych względem wykonawców, którzy zostali wykluczeni z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na wyrządzoną szkodę przez niewykonanie zamówienia lub nienależyte jego wykonanie lub zapłatę kary umownej przekraczającej 5% wartości zamówienia.

W toku analizy przesłanych orzeczeń stwierdzono, że wnioski o wpis przesłane przez 17 różnych zamawiających dotyczą orzeczeń wydanych względem 19 różnych wykonawców. Zdecydowana większość przesłanych wyroków sądowych dotyczyła orzeczonych kar umownych, spośród których wszystkie zostały orzeczone na podstawie umów zawartych przed dniem 20 lutego 2013 r. tj. dniem wejścia w życie przepisów zmieniających brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – umożliwiających wykluczenie wykonawcy zobowiązanego na mocy wyroku sądowego do zapłaty kary umownej. Stosownie do art. 4 ust. 2 przepisów przejściowych ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, do umów o realizację zamówienia publicznego zawartych przed dniem wejścia w życie wzmiankowanej nowelizacji zastosowanie znajdują przepisy dotychczasowe, a więc w brzmieniu nieprzewidującym wykluczenia wykonawcy względem którego orzeczono obowiązek zapłaty kary umownej, a nie stwierdzono wyrządzenia przez niego szkody.

Wszystkie informacje przesłane w 2013 roku w trybie art. 24a Pzp dotyczyły orzeczeń wydanych na podstawie umów zawartych przed dniem 20 lutego 2013 roku. Dokumenty otrzymane przez Urząd Zamówień Publicznych w sprawie 6 wykonawców wskazują lub mogą wskazywać, że przesłane orzeczenie sądu jest orzeczeniem stwierdzającym wyrządzenie szkody, a nie obowiązek zapłaty kary umownej. Z dokumentacji przesłanej przez zamawiających nie wynika jednak, że szkoda została wyrządzona w sposób zawiniony wskutek dopuszczenia się przez wykonawcę „poważnego wykroczenia zawodowego” w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE. Wyrządzenie szkody w sposób zawiniony, stanowiący wyraz poważnego wykroczenia zawodowego Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał natomiast za element niezbędny do wykluczenia wykonawcy na podstawie przywołanego przepisu dyrektywy w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku w sprawie C-465/11 Forposta S.A. przeciwko Poczcie Polskiej.

Konieczność samodzielnej weryfikacji wykonawców pod kątem oceny czy nie zachodzą przesłanki wykluczenia ze względu na poważne naruszenie obowiązków zawodowych nie spowoduje zwiększenia obciążenia administracyjnego zamawiających, mając na względzie, iż w dotychczasowym stanie prawnym zamawiający mają analogiczny obowiązek samodzielnej weryfikacji czy względem wykonawcy biorącego udział w postępowaniu wydano orzeczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a. Wykaz prowadzony przez Prezesa Urzędu ma charakter pomocniczy i jego prowadzenie nie eliminuje ryzyka

związanego z nie wykluczeniem przez zamawiającego wykonawcy, wobec którego zapadło orzeczenie, o którym nie został zawiadomiony Prezes Urzędu w trybie art. 24 a ustawy Pzp. Niewykluczenie wykonawcy w takiej sytuacji stanowi bowiem naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1.

Przepis art. 24 ust. 2a Pzp w projektowanym kształcie stanowi dla zamawiających narzędzie umożliwiające im wykluczenie wykonawcy, który w sposób zawiniony naruszył obowiązki zawodowe, o którym to naruszeniu zamawiający powziął wiadomość. Wprowadzenie otwartego katalogu środków dowodowych w zakresie dowodzenia przez zamawiającego, że wykonawca swoim zamierzonym działaniem lub poprzez rażące niedbalstwo naruszył standardy zawodowe wymagane przy realizacji zamówienia stwarza zamawiającemu możliwość wykluczenia wykonawców, którzy w sposób rzeczywisty swoim dotychczasowym postępowaniem w zakresie realizacji zamówień publicznych nie gwarantują prawidłowej realizacji zamówienia o udzielenie którego postępowanie jest prowadzone.

W dotychczas obowiązującym przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp ustawodawca ustanowił przesłankę wykluczenia tylko i wyłącznie na podstawie orzeczenia sądowego stwierdzającego wyrządzenie szkody lub obowiązek kary umownej. Na zamawiającym ciąży zatem obowiązek weryfikacji czy wobec określonego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego orzeczono ww. środki restytucji względem zamawiającego będącego stroną postępowania sądowego. Powyższy obowiązek ciąży zarówno na zamawiających przesyłających orzeczenie Prezesowi Urzędu w trybie art. 24a Pzp, jak i zamawiających prowadzących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym o udzielenie zamówienia starał się wykonawca względem którego wydano orzeczenie, o którym mowa powyżej.

Ponadto podkreślenia wymaga, że zamawiający będący stroną postępowania po uchyleniu art. 24a ustawy Pzp nie będzie miał obowiązku weryfikacji czy orzeczenie wydane względem niego stanowi orzeczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a Pzp. Dokonanie powyższej weryfikacji wymaga stwierdzenia, że orzeczenie stwierdza wyrządzenie szkody bądź obowiązek zapłaty kary umownej zamawiającemu. W wielu przypadkach rodzi to problemy natury praktycznej. Niejednokrotnie zamawiający dysponował jedynie orzeczeniem w postaci nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym bądź nakazowym. Do orzeczeń tego typu nie sporządza się uzasadnienia w związku z czym zamawiający nie mógł jednoznacznie stwierdzić, że przesłanką jego wydania jest uznanie przez sąd orzekający w sprawie, że została wyrządzona szkoda bądź orzeczono obowiązek zapłaty kary umownej. W związku z powyższym zamawiający przesyłając w trybie art. 24a Pzp orzeczenie Prezesowi Urzędu niejednokrotnie zobowiązany jest do składania wyjaśnień w sprawie i

przesyłania kilkakrotnie dokumentów mogących w sposób bezpośredni lub pośredni świadczyć, że wydane orzeczenie rzeczywiście stwierdza wyrządzenie szkody.

Prezes Urzędu w obowiązującym stanie prawnym jest zobowiązany do przyjmowania wniosków i orzeczeń przesłanych w trybie art. 24a Pzp, a następnie powtórnej weryfikacji - po weryfikacji dokonywanej przez zamawiającego, że dane orzeczenie stanowi rzeczywiście orzeczenie stwierdzające wyrządzenie szkody lub obowiązek zapłaty kary umownej. Powyższe powoduje, że na Prezesie Urzędu ciąży obowiązek żądania dodatkowych dokumentów mogących rozstrzygać, czy orzeczenie jest orzeczeniem określonym w art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a Pzp. Wymienione obowiązki Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stanowią jednocześnie obciążenie administracyjne zarówno dla zamawiających, jak i Urzędu Zamówień Publicznych.

Podkreślenia wymaga ponadto, że art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a nie różnicuje orzeczeń na wydane w postępowaniu prowadzonym z powództwa zamawiającego i wydanych wskutek postępowania sądowego toczącego się po wniesieniu powództwa przez wykonawcę. W związku z powyższym brak oparcia przesłanek wykluczenia na zasadzie zawinienia prowadzi do sytuacji, gdy wykluczeniu mogą potencjalnie podlegać wykonawcy, wobec których orzeczono obowiązek naprawienia szkody lub zapłaty kary umownej na zasadzie ryzyka lub na zasadzie słuszności.

W związku z powyższym, obowiązek podjęcia decyzji względem wykonawcy odnośnie jego wykluczenia na podstawie uchylanych przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 lub 1a stanowi obciążenie administracyjne zamawiających. Przedmiotowego obciążenia nie będzie powodował art. 24 ust. 2a w projektowanym kształcie ze względu na fakultatywność przesłanek wykluczenia oraz właściwe odzwierciedlenie postanowień dyrektywy 2004/18/WE.

Porównanie międzynarodowych sposobów pełnej implementacji art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE w kontekście wyroku TSUE w sprawie C-465/11 oraz efektywności tych rozwiązań w systemie zamówień publicznych.

Przesłankę wykluczenia wykonawcy winnego poważnego wykroczenia zawodowego udowodnionego dowolnymi środkami przez zamawiającego – w identycznym brzmieniu jakie zostało sformułowane w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE – w krajowych porządkach prawnych przewidziało co najmniej 11 państw członkowskich Unii Europejskiej,

tj: Belgia, Dania, Irlandia, Cypr, Litwa, Luksemburg, Malta, Słowenia, Finlandia, Szwecja i Zjednoczone Królestwo. Inne państwa członkowskie wdrażając ten przepis dokonały jego modyfikacji. Przedstawiona poniżej analiza stosownych regulacji oparta jest na obecnie obowiązujących przepisach państw członkowskich w brzmieniu przyjętym jeszcze przy wydaniu wyroku przez ETS. Nie jest wykluczone, że przepisy te mogą ulec zmianie w związku z analizą przez te kraje skutków wynikających z przyjętego orzeczenia.

W trzech kolejnych państwach – w prawie czeskim, chorwackim i słowackim – możliwość wykluczenia wykonawcy z tego tytułu jest ograniczona do trzech lat poprzedzających wszczęcie postępowania.

Prawo estońskie uzależnia możliwość wykluczenia wykonawcy z powodu poważnego wykroczenia zawodowego od stwierdzenia winy wykonawcy w drodze decyzji wydanej przez sąd dyscyplinarny organizacji zawodowej lub na innej podobnej podstawie.

W prawie bułgarskim przewidziano możliwość wykluczenia wykonawcy winnego niewykonania zobowiązań z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym zobowiązań dotyczących bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji, stwierdzonego prawomocnym wyrokiem sądowym.

Z kolei prawo francuskie przewiduje jedynie wykluczenie z powodu wykroczenia zawodowego polegającego na popełnieniu jednego z enumeratywnie wymienionych czynów zabronionych (przestępstwa przeciwko osobom wykonującym pracę zarobkową, przestępstwa przeciwko środowisku) stwierdzonych prawomocnym orzeczeniem sądu.

We Włoszech oprócz wykluczenia wykonawców, którzy są winni poważnego wykroczenia zawodowego udowodnionego dowolnymi środkami przez zamawiającego, przewidziano także wykluczenie wykonawców, którzy – zgodnie z uzasadnionym stanowiskiem zamawiającego – dopuścili się rażącego niedbalstwa lub działali w złej wierze w trakcie wykonywania zamówień na rzecz tego zamawiającego.

Na Węgrzech zamawiający może w ogłoszeniu o zamówieniu wszczynającym postępowanie przewidzieć wykluczenie wykonawcy, który nie dotrzymał zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zostało stwierdzone w drodze decyzji administracyjnej lub wyroku sądu w ciągu ostatnich dwóch lat.

W prawie rumuńskim przewidziana jest fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy, który w ciągu poprzedzających dwóch lat nie wykonał bądź wykonał nienależycie zobowiązania umowne z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, przez co wyrządził albo mógł wyrządzić szkodę drugiej stronie umowy.

W prawie portugalskim wykonawca winny poważnego wykroczenia zawodowego podlega wykluczeniu, jeżeli nie podjął działań mających na celu uniknięcie podobnej sytuacji w przyszłości.

W prawie niemieckim wykonawca winny poważnego wykroczenia zawodowego podlega wykluczeniu, jeżeli poddaje to w wątpliwość jego wiarygodność.

Natomiast w Hiszpanii wykluczeniu podlega każdy wykonawca, z którym zamawiający rozwiązał jakąkolwiek umowę z winy tego wykonawcy.

Analiza porównawcza międzynarodowych instrumentów i narzędzi ułatwiających weryfikację rzetelności potencjalnego wykonawcy przez zamawiających w innych krajach UE wykazała, że weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się, co do zasady, w oparciu o wymagane przez zamawiającego dokumenty lub/i oświadczenia. Natomiast jedynym ponadnarodowym narzędziem ułatwiającym weryfikację spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, na poziomie unijnym, jest stworzone przez Komisję Europejską repozytorium eCertis, który jest darmowym, internetowym narzędziem informacyjnym, udostępniającym informacje na temat dokumentów, certyfikatów i świadectw wymaganych w procedurach udzielania zamówień publicznych w państwach członkowskich, krajach kandydujących do członkostwa oraz państwach EOG (Islandia, Liechtenstein i Norwegia). Na gruncie nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych będzie to instrument o podstawowym znaczeniu dla weryfikacji kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dane w zakresie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp.

Wykluczenie wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W 2010 r. nie stwierdzono przypadku rozstrzygnięcia przez Izbę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W 2011 r. stwierdzono 5 przypadków rozstrzygnięcia przez Izbę odwołań dotyczących wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp., co stanowiło ok. 0,3% wszystkich rozstrzygniętych merytorycznie odwołań przez Izbę.

W 2012 r. stwierdzono 3 przypadki rozstrzygnięcia przez Izbę odwołań dot. wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czyli było to ok. 0,2% wszystkich rozstrzygniętych merytorycznie odwołań przez Izbę. Wskazać należy, iż za 2012 r. nie

dysponujemy pełnymi merytorycznymi statystykami za cały okres roczny, zatem liczba takich odwołań może być większa.

W pierwszym półroczu 2013 roku nie stwierdzono przypadku rozstrzygnięcia przez Izbę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wykluczenie wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

W 2010 r. nie stwierdzono przypadku rozstrzygnięcia przez Izbę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

W 2011 r. stwierdzono 4 przypadki rozstrzygnięcia przez Izbę odwołań dotyczących wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, co stanowiło ok. 0,25% wszystkich rozstrzyganych merytorycznie odwołań przez Izbę.

W 2012 r. stwierdzono 10 przypadków rozstrzygnięcia przez Izbę odwołań dot. wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, co stanowiło ok. 0,6% wszystkich rozstrzyganych merytorycznie odwołań przez Izbę. Za rok 2012 UZP nie dysponuje pełnymi merytorycznymi statystykami za cały okres roczny, zatem należy przyjąć, iż liczba takich odwołań może być większa.

W pierwszym półroczu 2013 roku stwierdzono 2 przypadki rozstrzygnięcia przez Izbę odwołań dot. wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, co stanowiło ok. 0,25% wszystkich rozstrzyganych merytorycznie odwołań przez Izbę.

II.Badanie ceny oferty.

Weryfikacja cen ofert może ograniczyć ryzyko składania ofert z niezasadnie niską ceną, co może chronić wykonawcę, który ją składa (oraz potencjalnych podwykonawców i dalszych podwykonawców, zatrudnionych przez tego rodzaju wykonawcę), zmniejszyć presję na bezwzględną walkę pomiędzy wykonawcami poniżej kosztów realizacji zamówień publicznych, a tym samym przyczynić się do zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Wprowadzenie procedur badania realności i wiarygodności ceny oferty powinno pozytywnie oddziaływać na małych i średnich przedsiębiorców, będących często podwykonawcami w realizacji zamówień publicznych. Niedopuszczanie do przyjęcia oferty ze zbyt niską ceną, w świetle którejnerealne byłoby wykonanie zamówienia publicznego zgodnego z oczekiwaniami i wymaganiami zamawiającego, przełożyć się powinno na stosowanie

realnych cen między wykonawcą a podwykonawcami, a także na zmniejszenie odsetka umów, od realizacji których wykonawca odstąpił z uwagi na brak możliwości finansowych ich realizacji.

Nowe procedury badania realności i wiarygodności ceny powinny wpłynąć na zmniejszenie ilości sporów w zakresie procedury badania ceny oraz jednolitość linii orzeczniczej w przypadkach korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej.

Poniżej zostały przedstawione statystyczne informacje o rozstrzyganiu przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów związanych z procedurą rażąco niskiej ceny.

Procedura związana z rażąco niską ceną stanowi jeden z najczęściej rozstrzyganych przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotów sporów dotyczących stosowania ustawy Pzp. W 2012 r. zarzuty związane z rażąco niską ceną, czyli z wezwaniem bądź niewzwaniem do złożenia wyjaśnień lub odrzuceniem bądź brakiem odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, były trzecią w kolejności grupą zarzutów pod względem liczby odwołań, w których były wnoszone. W 2012 r. na ogółem 1650 odwołań, które Izba rozstrzygała merytorycznie, czyli bądź oddaliła odwołanie bądź je uwzględniła było co najmniej 90 orzeczeń dot. zarzutów związanych z procedurą rażąco niskiej ceny.

Natomiast w 2012 r. było co najmniej 111 odwołań zawierających zarzuty związane z procedurą rażąco niskiej ceny, czyli było ich najmniej ok. 7 % z całości rozpatrzonych merytorycznie odwołań.

Wskazać należy, iż za 2012 r. Urząd Zamówień Publicznych nie dysponuje pełnymi merytorycznymi statystykami za cały okres roczny – zatem liczba odwołań, w których były wnoszone zarzuty związane z procedurą rażąco niskiej ceny z całą pewnością jest znacznie większa. Jednak na podstawie powyższych statystyk można uzyskać pogląd na temat skali występowania problematyki dotyczącej rażąco niskiej ceny w orzecznictwie Izby oraz w odwołaniach wnoszonych do Prezesa Izby.

Natomiast w poprzednich latach liczba merytorycznych orzeczeń dotyczących procedury rażąco niskiej ceny wyglądała następująco.

W 2011 r. na 1563 rozpatrzonych merytorycznie odwołań, czyli uwzględnionych bądź oddalonych odwołań przez Izbę, Izba wydała 146 orzeczeń, które rozstrzygnęły 180 odwołań zawierających zarzuty związane z procedurą rażąco niskiej ceny, co stanowi 11,5% rozpatrzonych merytorycznie odwołań dotyczących zarzutów związanych z procedurą rażąco niskiej ceny.

W 2010 r. na 1776 rozpatrzonych merytorycznie odwołań, Izba wydała 130 orzeczeń, które rozstrzygnęły 147 odwołań zawierających zarzuty związane z procedurą rażąco niskiej ceny, co stanowiło 8,2% rozpatrzonych merytorycznie odwołań dotyczących zarzutów związanych z procedurą rażąco niskiej ceny.

W pierwszym półroczu 2013 roku, na 799 rozpatrzonych merytorycznie odwołań, Izba wydała 119 orzeczeń, które rozstrzygnęły 141 odwołań zawierających zarzuty związane z procedurą rażąco niskiej ceny, co stanowiło 17,6% rozpatrzonych merytorycznie odwołań dotyczących zarzutów związanych z procedurą rażąco niskiej ceny.

III. Odformalizowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Zmiany dotyczące trybu negocjacji bez ogłoszenia będą miały pozytywny wpływ na zmniejszenie obciążeń administracyjnych zarówno po stronie zamawiających w związku z brakiem konieczności sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a po stronie potencjalnych wykonawców ze względu na brak wymogu składania ofert.

Uproszczona procedura może zmniejszyć presję na korzystanie z wolej ręki, a więc trybu niegwarantującego jakiegokolwiek konkurencji, a także przyczynić się do zwiększenia efektywności działań administracji w takich sferach jak działalność badawczo-naukowa. Jedną z przesłanek dotyczących stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia odnosi się bowiem do zamówień, których przedmiotem są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju (art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp).

Poniżej przedstawiamy dane za rok 2012, ze wskazaniem liczby, wartości i udziału zamówień udzielanych w trybie negocjacji bez ogłoszenia wraz ze wskazaniem średniej liczby wykonawców uczestniczących w tych postępowaniach (średnia liczba składanych ofert).

	Liczba	Odsetek liczby	Wartość	Odsetek wartości
Negocjacje bez ogłoszenia	282	0,15%	3 105 046 508,68 zł	2,34%

W roku 2012 zamówienia udzielone w trybie negocjacji bez ogłoszenia stanowiły 0,15% liczby i 2,34% wartości udzielonych zamówień. Natomiast średnia liczba ofert składanych w tym trybie (dane za rok 2012) to:

- w postępowaniach o wartości poniżej progów UE (na podstawie ogłoszeń w BZP) – 1,75 oferty na postępowanie,

- w postępowaniach o wartościach powyżej progów UE (na podstawie ogłoszeń w Dz.U.U.E) – 1,06 oferty na postępowanie.

IV. Nieujawnianie danych osobowych oraz wysokości honorarium wykonawcy zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki w zakresie działalności kulturalnej lub w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.

Wprowadzenie w ustawie Pzp zmian w powyższym zakresie nie będzie miało negatywnego wpływu na konkurencyjność w trakcie realizacji zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Nieujawnienie danych osobowych lub wynagrodzenia wykonawcy zamówienia w regulowanym przypadku stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, jednak zamówienia te są jawne z uwagi na obowiązek zamieszczania ogłoszenia o ich udzieleniu w Biuletynie Zamówień Publicznych i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, wobec czego ograniczenie jawności w tym zakresie nie wskazuje na wystąpienie ryzyka zachowań korupcyjnych lub innych mogących negatywnie wpłynąć na prawidłowe udzielenie zamówienia publicznego.

Poniżej dane na temat liczby i wartości zamówień udzielanych w zakresie działalności kulturalnej w trybie zamówienia z wolnej ręki, które pozwalają oszacować skalę postępowań, w których wykonawcy mogą korzystać z rozszerzonej ochrony danych.

CPV	Opis
92.3	Usługi rozrywkowe, w tym:
92.31.	Usługi tworzenia dzieł artystycznych i literackich oraz przekładu, w tym: <ul style="list-style-type: none">• Usługi świadczone przez autorów, kompozytorów, rzeźbiarzy, animatorów kultury oraz pozostałych artystów• Usługi świadczone przez producentów teatralnych, grup wokalnych, zespołów i orkiestr rozrywkowych• Dzieła sztuki

92.34.	Usługi taneczne oraz przedstawienia artystyczne
--------	---

Dane z Biuletynu Zamówień Publicznych.

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, w których wskazano w przedmiocie zamówienia kod CPV: 92.31. lub 92.34.

	2012	
	Liczba	Wartość
Ogółem	179 243	45,552 mld zł
Usługi kultury	1 347	0,113 mld zł
Odsetek	0,75%	0,25%
Usługi kultury WR	1 174	0,083 mld zł (83,308 mln zł)
Odsetek	0,65%	0,18%

Dane z Dz.U. UE

- ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, w których wskazano w przedmiocie zamówienia kod CPV: 92.31. (kod 92.34. nie wskazano w żadnym ogłoszeniu)

	2012	
	Liczba	Wartość
Ogółem	24.466	brak danych
Usługi kultury	35	74,502 mln zł
Odsetek	0,14%	-
Usługi kultury WR*	8	16,332 mln zł
Odsetek	0,03%	-

* w ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia w Dz.U. UE nie ma trybu zamówienia z wolnej ręki, ale jest opcja procedury: „Udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu”.

6. Wpływ regulacji na sytuację i rozwój regionalny.

Regulacja będzie pozytywnie oddziaływać na rozwój regionalny. Może bowiem prowadzić do bardziej efektywnej realizacji zadań publicznych, służących rozwojowi regionalnemu w następstwie eliminowania z postępowań ofert, zawierających ceny nie zapewniające wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa, jak również wykluczania wykonawców nierzetelnych, nie dających rękojmi prawidłowego wykonania zleconego im zamówienia publicznego.

7. Wskazanie źródeł finansowania.

Projektowana ustawa nie pociąga za sobą obciążeń budżetu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego wobec czego nie wskazuje się źródeł finansowania.