

## USTAWA

z dnia .....2013 r.

### **o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych**

**Art. 1.** W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.<sup>1)</sup>) 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.”;

---

<sup>1)</sup> Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2010 r. Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, 951, 1101, 1271 i 1529.

**3) uchyla się art. 24a;**

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

„6. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami wykonawcy, 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. Nie stosuje się przepisów art. 63 ust. 2 pkt 3 i 7, art. 64, przepisów Rozdziału 4 Działu II oraz przepisów dotyczących zawierania w zaproszeniu do negocjacji bez ogłoszenia informacji o możliwości składania ofert częściowych.

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 umożliwia realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa. Podczas konsultacji 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 nie zakończonych 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.

## 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 niewiarygodnie 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. Doprecyzowania i uzupełnienia regulacji problematyki rażąco niskiej ceny.**

#### **(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 niewiarygodnie 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 1 października 2012 r. (Dz. U. poz. 1271) oraz rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r. 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 orzecniczą, 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 dotyczącej 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, złożonych 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 za najkorzystniejszą i w konsekwencji zawarcie umowy nie zagraża prawidłowej realizacji zamówienia.

Podkreślić należy, iż odrzucenie oferty z powodu nienormalnie 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 badanie ceny oferty będzie, zgodnie z art. 96 ust. 3, udostępniany będzie 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 wyjaśnieniu 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.

Jednocześnie proponuje się wprowadzenie regulacji, która w sposób jednoznaczny wskaże, iż ciężar udowodnienia, że cena oferty jest na odpowiednim poziomie gwarantującym 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 obligatoryjnemu 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.

Jednocześnie, 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 w powyższych okolicznościach 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 cenami dumpingowymi.

## **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)**

W związku z faktem, iż orzeczeniem z dnia 13 grudnia 2012 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C – 465/11 dokonując interpretacji art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) jednoznacznie przesądził, iż podstawą wykluczenia wykonawcy mogą być wszelkie zawinione uchybienia wykonawcy, które wpływają na jego wiarygodność zawodową, w tym sytuacje niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, zasadne jest doprecyzowanie w tym zakresie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych regulujących problematykę wykluczania wykonawców.

W związku z powyższym proponuje się doprecyzowanie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych i jednoznaczne 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.

Zgodnie z motywem 43 dyrektywy klasycznej nieprzestrzeganie ustawodawstwa dotyczącego niezgodnych z prawem porozumień w ramach procedur udzielania zamówień publicznych (zmowy), które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu lub decyzji mającej równoważny skutek, może zostać uznane przez zamawiającego za wykroczenie przeciwko etyce zawodowej wykonawcy lub za poważne naruszenie, tym samym stanowić przesłankę wykluczenia wykonawcy. Podobnie, zgodnie z ww. motywem, może być ocenione nieprzestrzeganie ustawodawstwa z zakresu ochrony środowiska.

W ww. orzeczeniu Trybunał stwierdził, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w danym zawodzie, których naruszenie stwierdza właściwy organ dyscyplinarny ustanowiony lub prawomocne orzeczenie sądowe. Dlatego też – co do zasady niewykonanie zobowiązań umownych po stronie wykonawcy można 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 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 omawiany 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. Trybunał 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: (...) d) 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 otworenie 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 nielegitymizującego 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 móc 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, 4a i 5, art. 138c ust. 1 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 stosowanego 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.

### **III. Odformalizowania 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 liczby z 5 do 3 wykonawców, których zamawiający zaprasza do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz (2) dodanie przepisu art. 63a umożliwiającego zawarcie umowy bez składania ofert.

Zgodnie z projektowanym art. 62 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 mógł zaprosić do negocjacji jedynie 2 wykonawców, nie ulega zmianie. Zmniejszenie 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, zaproszeniu do negocjacji, przewidzenie tej możliwości w oraz określenie zasady prowadzenia negocjacji, które musi zapewniać 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.

Równocześnie proponuje się, by w przypadku skorzystania przez zamawiającego z możliwości udzielenia zamówienia bez składania ofert, nie miały zastosowania przepisy art. 63 ust. 2 pkt 3 i 7, art. 64, przepisy Rozdziału 4 Działu II (przepisy od art. 82 do art. 95) i przepisy dotyczące zawierania w zaproszeniu do negocjacji bez ogłoszenia informacji o możliwości składania ofert częściowych. Tym samym, w przypadku rezygnacji z etapu składania ofert, zaproszenie do negocjacji nie będzie zawierało, co oczywiste, informacji o możliwości złożenia 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.

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 lobbingowej 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.

### 2. Konsultacje społeczne

Projekt 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.

### **Regulacje dotyczące rażąco niskiej ceny i rzetelnego wykonawcy.**

Regulacje dotyczące doprecyzowania przepisów badania ofert i odrzucania tych, których cena jest rażąco niska, oraz regulacje umożliwiające zamawiającemu odsunięcie od udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nierzetelnych wykonawców były zawarte w projekcie założeń projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, który do konsultacji społecznych został wysłany w dniu 12 września 2012 r. 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) Instytut Badań nad Demokracją i Przedsiębiorstwem Prywatnym,
- 8) Izba Projektowania Budowlanego,
- 9) Krajowa Izba Gospodarcza,
- 10) Krajowa Rada Izby Architektów RP,
- 11) Krajowa Rada Spółdzielcza,
- 12) Kujawsko – Pomorska Okręgowa Izba Inżynierów Budownictwa,
- 13) Niezależny Samorządny Związek Zawodowy „Solidarność 80”,
- 14) Niezależny Samorządny Związek Zawodowy „Solidarność”,
- 15) Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa,
- 16) Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych,
- 17) Polska Izba Inżynierów Budownictwa,
- 18) Polska Izba Ubezpieczeń,
- 19) Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan,
- 20) Polska Organizacja Handlu i Dystrybucji,
- 21) Polska Rada Biznesu,
- 22) Polski Związek Pracodawców Budownictwa,
- 23) Pracodawcy RP,
- 24) Stowarzyszenie - Polski Kongres Drogowy,
- 25) Śląska Izba Budownictwa,
- 26) Związek Rzemiosła Polskiego.

Do projektu założeń w wersji z dnia 12 września 2012 r. uwagi zgłosiły następujące podmioty:

- 1) Fundacja Instytut Rozwoju Regionalnego,
- 2) NSZZ Solidarność,
- 3) PKPP Lewiatan,
- 4) Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji,



- 5) Polski Związek Pracodawców Budownictwa,
- 6) Pracodawcy RP,
- 7) Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa,
- 8) Polski Kongres Drogowy,
- 9) Konfederacja Budownictwa i Nieruchomości,
- 10) Krajowa Rada Izby Architektów RP,
- 11) Związek Rzemiosła Polskiego,
- 12) Business Centre Club.

Natomiast w projekcie założeń projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, który do konsultacji społecznych został wysłany w dniu 12 kwietnia 2013 r., zostały zawarte propozycje rozwiązań, których odzwierciedleniem są projektowane przepisy. Projekt założeń wysłano 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) Wojewoda Kujawsko-Pomorski – Przewodnicząca Wojewódzkiej Komisji Dialogu Społecznego w Poznaniu
- 36) Związek Pracodawców Producentów Materiałów dla Budownictwa,
- 37) Związek Rzemiosła Polskiego.

Do projektu założeń w wersji z dnia 12 kwietnia 2013 r., zawierającego rozwiązania odzwierciedlone w niniejszym projekcie ustawy, uwagi zgłosiły następujące podmioty:

- 1) Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa,
- 2) Fundacja na Rzecz Nauki Polskiej,
- 3) Izba Projektowania Budowlanego,
- 4) Centralny Instytut Ochrony Pracy – Państwowy Instytut Badawczy,
- 5) Państwowa Akademia Umiejętności,
- 6) Business Centre Club,
- 7) Pracodawcy RP,
- 8) grupa naukowców (dr Iwona Cymerman - Międzynarodowy Instytut Biologii Molekularnej i Komórkowej w Warszawie; prof. dr hab. Janusz M. Bujnicki - Międzynarodowy Instytut Biologii Molekularnej i Komórkowej w Warszawie i UAM w

Poznaniu, członek Akademii Młodych Uczonych PAN; prof. dr hab. Jacek Radwan - Wydział Biologii UAM i Wydział Biologii i Nauk o Ziemi UJ; prof. dr hab. Grzegorz Węgrzyn - Wydział Biologii Uniwersytetu Gdańskiego),

9) Polska Akademia Nauk,

10) Konferencja Rektorów Akademickich Szkół Polskich.

### **Projekt założeń z dnia 12 września 2012 r.**

#### **Rażąco niska cena.**

Sama istota zwiększenia skuteczności eliminacji ofert z rażąco niską ceną podczas konsultacji społecznych projektu założeń z dnia 12 września 2013 r. była zasadniczo popierana przez konsultantów społecznych, jednakże do proponowanych rozwiązań zgłaszano zastrzeżenia.

Konfederacja Budownictwa i Nieruchomości zaopiniowała zmiany pozytywnie jednocześnie proponując uwzględnienie kosztów pracy. Propozycja ta została uwzględniona w projektowanych przepisach.

Krajowa Rada Izby Architektów RP przedstawiła swoją propozycję przepisów w przedmiotowym zakresie.

NSZZ Solidarność uznał, iż uregulowanie problematyki rażąco niskiej ceny jest dawno oczekiwaną zmianą, jednocześnie zaproponowano rozwiązania nowe – by związki zawodowe i pracodawcy ustalali płacę minimalną uwzględniającą wszelkie koszty, w tym podatków pośrednich, bezpośrednich oraz zobowiązania w stosunku do pracowników z uwzględnieniem przepisów BHP oraz funduszu socjalnego, i ta płaca minimalna miałaby obowiązywać przy tworzeniu kosztorysu przetargowego. W swoim piśmie NSZZ Solidarność zwrócił uwagę na to, że powinno się kłaść większy nacisk na kwestie związane z bezpieczeństwem i higieną pracy już na etapie przetargu i warunków przetargowych. Sugestie te zostały uwzględnione w projektowanych przepisach.

PKPP Lewiatan negatywnie odniósł się do formuły matematycznej zawartej w projekcie założeń stwierdzając, iż liczba 5 ofert które mają wpłynąć aby „badanie” się rozpoczęło jest zbyt duża oraz że zbyt duży jest procent odstępstwa ceny ofert, warunkujący badanie ceny. Przedmiotowe uwagi zostały uwzględnione w projektowanych przepisach – zrezygnowano z posługiwania się formułą matematyczną w procedurze badania ceny.

Polski Kongres Drogowy pozytywnie odniósł się do wprowadzenia regulacji dotyczących rażąco niskiej ceny, lecz negatywnie zaopiniował formułę matematyczną podkreślając, iż proponowane rozwiązanie nie wykluczy uznaniowości zamawiającego, jednocześnie proponując określenie procedur dotyczących przeprowadzania konsultacji z wykonawcą. Postulaty te zostały uwzględnione.

Polski Związek Pracodawców Budownictwa negatywnie odniósł się do formuły matematycznej stwierdzając, iż liczba 5 ofert które mają wpłynąć aby „badanie” się rozpoczęło jest zbyt duża oraz, że zbyt duży jest procent odstępstwa ceny ofert, warunkujący badanie jest zbyt duży. Przedmiotowe uwagi zostały uwzględnione w projektowanych przepisach – zrezygnowano z posługiwania się formułą matematyczną w procedurze badania ceny.

Pracodawcy RP wskazali, iż bez zmiany praktyki zamawiających oraz orzecznictwa KIO proponowane proponowane zmiany w zakresie przeniesienia ciężaru dowodu nie przyniosą oczekiwanego skutku.

Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa oraz Związek Rzemiosła Polskiego pozytywnie ocenili proponowane zmiany podkreślając (ZRP), iż dla firm rzemieślniczych istotna jest kwestia uregulowania kwestii „rażąco niskiej ceny”.

Jedynym konsultantem społecznym, który nie odniósł się pozytywnie do propozycji zmian w przedmiotowym zakresie był BCC. BCC generalnie negatywnie ocenił zmiany dotyczące rażąco niskiej ceny, jego zdaniem jest to wadliwe rozwiązanie oraz stanowi tylko pozorne przeniesienie ciężaru dowodu i niezasadną zmianę wobec stanowiska KIO, która stwierdza, że wykonawca musi wykazać, że jego oferta spełnia oczekiwania zamawiającego. Ponadto BCC zauważył, iż kalkulacja ceny nie powinna dotyczyć świadczeń częściowych, ponieważ rażąca jest cena jako całość, a nie w odniesieniu do wartości świadczenia częściowego, a liczba 5 ofert które mają wpłynąć aby „badanie” się rozpoczęło jest zbyt duża. Przedmiotowe uwagi zostały uwzględnione w projektowanych przepisach – zrezygnowano z posługiwania się formułą matematyczną w procedurze badania ceny.

### **Wprowadzenie zmian w zakresie przesłanki wykluczenia wykonawcy**

Oceny konsultantów społecznych proponowanych rozwiązań nie były spójne, część popierała ideę zmian, w części pism wskazywano zastrzeżenia.

Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa pozytywnie oceniła projektowane zmiany.

Polski Kongres Drogowy zaproponował, aby jednoznacznie uregulować instytucję wpisu na „czarną listę” tak aby wpis był wystarczającą podstawą do wykluczenia, niewymagającą

weryfikacji przez zamawiającego. Propozycja ta, z uwagi na niezgodność z prawem unijnym, nie mogła zostać uwzględniona.

BCC krytycznie odniosła się do proponowanych zmian, natomiast Konfederacja Budownictwa i Nieruchomości zwróciła uwagę na pominięcie problemu wiarygodności wykonawcy przez system ubezpieczeniowy – osoba trzecia weryfikująca wykonawcę co prawda podraża koszty, ale ogranicza ryzyko zamawiającego w bardzo znaczny sposób.

### **Projekt założeń z dnia 12 kwietnia 2013 r.**

Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa wskazała, iż walka ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny jest możliwa w obecnym stanie prawnym, bez konieczności zmiany przepisów, bowiem Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ma narzędzia do walki ze zjawiskiem poprzez: publikowanie opinii na stronie UZP, wnoszenie skarg na orzeczenia KIO, wnoszenie pozwów o stwierdzenie nieważności czy też unieważnienie umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa zaproponowała wskazanie w ustawie okoliczności, które bezwzględnie będą zobowiązywać zamawiającego do badania ceny oraz wprowadzenie jednocześnie klauzuli generalnej, która pozwoli na to także w przypadkach nie wymienionych wprost w ustawie. Rozwiązanie to, jako niespójne z przepisami dyrektywy klasycznej nie mogło zostać uwzględnione. Natomiast uwzględniono propozycję zniesienia bezwzględnego obowiązku przeprowadzania dodatkowych konsultacji, gdy wykonawca złożył wystarczające i przekonujące wyjaśnienia, oraz wprowadzenia w przepisie dotyczącym odrzucenia oferty pojęcia „niski poziom ceny” zamiast „rażąco niskiej ceny”. Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa wskazała również, iż przesłanki zatrzymania wadium wykonawcy, który uchyla się od złożenia dowodów lub udziału w konsultacjach w zakresie niskiej ceny są zbyt subiektywne i ocenne. Uwaga nie została uwzględniona – zatrzymanie wadium musi być poprzedzone procedurą wyjaśniania ceny oferty, tym samym przesłanki zatrzymania będą się konkretyzować w danej sytuacji. Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa negatywnie odniosła się do przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 24 ust. 2a wskazując, iż nie jest ona zgodna z prawem Unii Europejskiej, uwaga nie została uwzględniona – projektowana przesłanka stanowi odzwierciedlenie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Izba Projektowania Budowlanego pozytywnie oceniła identyfikacji i eliminacji z postępowań ofert z nadmiernie niską ceną, przy czym konsultant wskazał również na zadania, które przyczynią się do skuteczności zaproponowanych rozwiązań w tym zakresie, proponując, w ramach działań legislacyjnych wprowadzenie obowiązku publikacji przez zamawiających sprawozdania po wykonaniu przedmiotu zamówienia na różnych etapach postępowania,

natomiast w ramach działań pozalegisłacyjnych prowadzenie szkoleń dla zamawiających i wykonawców, przygotowanie i upowszechnianie pozacenowych kryteriów oceny ofert, upowszechniania przykładowych umów w zamówieniach publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień publicznych. Odnosząc się do uchylecia w art. 24 pkt 1 i 1a oraz przepisu dot. wykazu nierzetelnych wykonawców, jednocześnie wskazano, iż w wyborze rzetelnego wykonawcy pomoc może stosowania wielokryterijnej oceny ofert i uwzględnianie w umowach możliwości zmian w umowie w zgodzie z wymaganiami art. 144 ust. 1, a także wdrożenie prawa opcji. Izba Projektowania Budowlanego zaproponowała jednocześnie, by analogiczne rozwiązania.

Centralny Instytut Ochrony Pracy zgłosił uwagi dotyczące zbyt niskiej ceny wskazując, iż konsultacje z wykonawcą, który złożył ofertę budzącą wątpliwości zamawiającego - rozwiązanie to zdaniem konsultanta mogą prowadzić do próby włączenia elementu ukrytych negocjacji, obowiązku zatrzymania wadium wykonawcy, który wezwany do złożenia wyjaśnień dot. zbyt niskiej ceny oferty nie przekona zamawiającego, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz uczestniczenia przez wykonawcę w konsultacjach dla pozorów z obawy przed sankcją utraty wadium.

Państwowa Akademia Umiejętności pozytywnie oceniła propozycję doprecyzowania zakazu dzielenia zamówienia na części, natomiast krytycznie odniosła się do propozycji unieważnienia postępowania w przypadku nieprzyznania finansowania instytucji naukowej, gdyż ryzyko nieprzyznania tego finansowania jest tak wysokie, iż prawdopodobieństwo unieważniania postępowań i oznacza wysokie ryzyko opóźnienia dostaw, co będzie miało negatywne konsekwencje dla efektywności procesu badawczego.

Business Centre Club pozytywnie zaopiniował kierunek zmian mających na celu doprecyzowanie przepisów mających znaczenie przy stosowaniu kryterium ceny. Za niewłaściwą uznaje jednak propozycję zastąpienia pojęcia „rażąco niskiej ceny” „niskim poziomem ceny”, wskazując iż dotychczasowe nazewnictwo jest trafniejsze. Wskazują na ryzyko wszczynania procedury wyjaśniającej przy każdym przetargu w przypadku ofert z „niskim poziomem ceny”.

Konsultant wskazuje, iż rozwiązanie to może nie przynieść oczekiwanych efektów oraz podnosi, że skutecznym sposobem będzie odejście od stosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium wyboru oferty.

W zakresie zmian w art. 24 ustawy dot. wykluczenia wykonawcy, który poważnie naruszył obowiązki zawodowe krytycznie odniesiono się do użytego w regulowanej materii zwrotu „w szczególności”, który zdaniem konsultanta rozszerza wnioski wynikające z orzeczenia TS .

Pracodawcy RP zaopiniowali pozytywnie propozycje zmierzające do identyfikacji i eliminacji z postępowań ofert z nadmiernie niską ceną. Wskazano jednak na możliwość wystąpienia zarzutu nadmiernej uznaniowości i braku obiektywizmu zamawiającego, w przypadku pozostawienia wyłącznej kompetencji zamawiającego oceny przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień odnośnie zbyt niskiej ceny.

Wątpliwości konsultanta budzi propozycja uznania wykonawcy, którego zachowanie wskazuje na uchylanie się od obowiązku złożenia odpowiednich dokumentów lub udziału w konsultacjach na równi z wykonawcą, który uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, związane w konsekwencji z sankcją zatrzymania wadium. Zaproponowano rozważenie wprowadzenia analogicznej konstrukcji tego przepisu jak w art. 46 ust. 4a ustawy PZP, aby w konsekwencji skutek zatrzymania wadium wystąpił w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, nie złożył dokumentów, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Odnośnie regulacji dotyczącej zapewnienia wyboru rzetelnego wykonawcy, wskazano na słuszność koncepcji eliminacji z postępowań wykonawców niedających gwarancji należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wskazano na brak precyzyjnych regulacji odnośnie sposobu weryfikacji rzetelności wykonawcy, w szczególności w kontekście sposobu żądania od wykonawców informacji i dokumentów dotyczących zamówień wykonanych lub niewykonanych.

Z propozycji przepisu wynika, iż to zamawiający będzie mógł wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych poważne naruszenie obowiązków zawodowych, w szczególności niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Środkami tymi będą orzeczenia sądu oraz odpowiednich komisji dyscyplinarnych, stwierdzające, iż wykonawca nie dołożył należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju lub poważnie naruszył obowiązki zawodowe oraz wszelkie dokumenty posiadane przez zamawiającego poświadczające niedołożenie przez wykonawcę należytej staranności, w szczególności w zakresie realizacji zamówienia publicznego.

Polska Akademia Nauk wskazała:

- 1) w zakresie rozwiązań służących identyfikacji i eliminacji z postępowań ofert z nadmiernie niską ceną:
  - a) na nieostrość zastosowanych pojęć;
  - b) zaproponowano wskazanie konkretnego terminu w ustawie na przedstawienie dokumentów „udawadniających” zasadność zaoferowanej ceny;

- c) na ryzyko przedłużenia procesu rozpoznania ofert z nadmiernie niską ceną bez gwarancji skutecznej weryfikacji złożonych ofert;
- 2) w zakresie wyboru rzetelnego wykonawcy na możliwe wydłużenie trwania prowadzonych postępowań w związku z subiektywną oceną zamawiającego „za pomocą dowolnych środków” rzetelności wykonawców, którzy dochodząc swoich praw będą składali odwołania do KIO; negatywnie oceniają brak metodologii weryfikacji oceny wykonawcy;

Konferencja Rektorów Akademickich Szkół Polskich zaproponowała m.in.:

- 1) wprowadzenie jasnej definicji „rażąco niskiej ceny” w celu ułatwienia odrzucenia ofert, które nie dają gwarancji wyłonienia wykonawcy, realizującego zamówienie w standardach wysokiej jakości;

Pozytywnie zaopiniowano propozycję wyjaśniania ofert z nadmiernie niską ceną.

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

Regulacja nie będzie oddziaływać na sektor finansów publicznych.

### **4. Wpływ regulacji na rynek pracy.**

#### **Rażąco niska cena.**

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 Prawa zamówień publicznych 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 doświadczenia stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych w obecnie 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 warunków pracy.

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

### **Rażąco niska cena i odsunięcie do postępowań nierzetelnego wykonawcy**

Projektowane przepisy będą miały wpływ na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość – przede wszystkim, ograniczając, czy wręcz uniemożliwiając, dostęp do zamówień publicznych przedsiębiorców nierzetelnych, może doprowadzić zarówno do promowania przedsiębiorców rzetelnych, jak i do zwiększenia konkurencji między wykonawcami rzetelnymi.

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 oferujący nierealne lub dumpingowe ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe należy zauważyć, iż projektowane regulacje mogą przyczynić się do znaczących, pozytywnych zmian, w funkcjonowaniu przedsiębiorstw, poprzez promowanie przedsiębiorców rzetelnych, prawidłowo realizujących powierzone im zadania i wywiązujących się z podjętych zobowiązań. Jednocześnie 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, by realne było wykonanie zamówienia publicznego zgodnego z oczekiwaniami i wymaganiami zamawiającego, przełoży się powinna na stosowanie realnych cen między wykonawcą a podwykonawcami, a także na zmniejszenie się odsetka umów od realizacji których wykonawca odstąpił z uwagi na brak możliwości finansowych ich realizacji.

## **Obciążenia administracyjne**

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

## **6. Wpływ regulacji na sytuację i rozwój regionalny**

Regulacja nie będzie oddziaływać na rozwój regionalny.

## **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.