



IZBA ARCHITEKTÓW  
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

KRAJOWA RADA IZBY ARCHITEKTÓW RP

Warszawa, dnia 5 września 2013 r.

l.dz. 313/KRIA/2013/w

**Pani**

**Izabela Jakubowska**

**Wiceprezes**

**Urzędu Zamówień Publicznych**

Działając w imieniu Krajowej Rady Izby Architektów RP, w związku z przekazaniem - pismem z dnia 7 sierpnia 2013 r. (UZP/DP/L-TTY/4101/13 KW-7068/13) - projektem *Ustawy o zmianie ustawy – Prawo Zamówień Publicznych* (projekt z dnia 2 sierpnia 2013 r., dalej jako „projekt”, „projekt ustawy”), po zapoznaniu się z treścią projektu i jego uzasadnieniem, przedstawiamy stanowisko Krajowej Rady Izby Architektów RP w zakresie przewidzianych w w/w projekcie zmian regulacji prawnych.

Według kolejności zawartej w projekcie, na wstępie wskazujemy naszą opinię w odniesieniu do zmian wyrażonych w art. 1 pkt 1 Projektu . Przychylnie ustosunkowujemy się do propozycji dodania w art. 8 ustępu 4 w przedstawionym brzmieniu, który przewiduje możliwość nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei, nie sposób zgodzić się z proponowanym brzmieniem art. 8 ust. 5 przyzwalającym na nieujawnianie danych osobowych lub wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki w zakresie działalności kulturalnej. Powyższa regulacja w nieuzasadniony i niezrozumiały sposób wyróżnia wykonawców zamówień w zakresie działalności kulturalnej, a tym bardziej, iż powyższe przeczy zasadzie jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za wystarczające można by było uznać nieujawnianie danych osobowych, aczkolwiek w działalności kulturalnej, kiedy wykonawcami niejednokrotnie są artyści, podanie ich danych stanowi częstokroć dla nich sposób reklamy i promowania. Z drugiej strony, nawet

jeżeli dopuścimy możliwość nieujawniania danych osobowych, to zatajanie wysokości wynagrodzenia wykonawcy jest niecelowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które ze swojej istoty służy jawnemu wydatkowaniu środków publicznych.

Ustosunkowując się do art. 1 pkt 2 Projektu, modyfikującego art. 24 Prawa zamówień publicznych, aprobujemy konieczność zmiany tego przepisu wynikającej z orzeczenia z dnia 13 grudnia 2012 r. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-465/11.

Krajowa Rada Izby Architektów RP akceptuje proponowane rozwiązania dotyczące dodatnia ust. 2a, uprawniającego zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, niemniej jednak, nie możemy przychylić się całkowicie, co do formy zaproponowanej zmiany. Wykluczenie może nastąpić – zgodnie z projektem – w stosunku do wykonawcy, który jest winny poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Wskazujemy, iż kontekście zamówień publicznych, wskazanie na „obowiązki zawodowe” nie spełni odpowiedniej roli w procedurze wykluczania wykonawców, którzy realizowali przedmiot zamówienia. Celowym byłoby wskazanie na „**obowiązki umowne**”, a nie „zawodowe”, co **wyrażałoby związek pomiędzy niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, a podstawą z jakiej wynikało zobowiązanie do jego wykonania.**

W następnej kolejności przedstawiamy uwagi, co do dodania ustępu 6 w art. 46 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Krajowej Rady Izby Architektów RP, przewidziana konstrukcja sankcji zatrzymania wadium, jako zabezpieczenie prawidłowego przebiegu procedury udzielenia zamówienia publicznego w odniesieniu do wykonawców, którzy złożyli ofertę zawierającą rażąco niską cenę i ich oferta została odrzucona, jest słusznym rozwiązaniem. Regulacja w tym zakresie nie tylko zabezpiecza prawidłowość przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także skutecznie może zapobiegać znikom wykonawców składających oferty z rażąco niskimi cenami. Jakkolwiek, zaproponowana konstrukcja przepisu 46 ust. 6 przewidującą łącznie wystąpienie przesłanek warunkujących zatrzymanie wadium, jest według nas niewłaściwa. Wystarczającą i skuteczną regulacją byłaby taka, która przewiduje możliwość zatrzymania wadium tego wykonawcy, którego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP. Dwie kolejne przesłanki zaproponowane w projekcie uważamy za zbędne. Bowiem - odnosząc się do drugiej przesłanki - dany wykonawca zawsze weźmie czynny udział w badaniu ceny tj. będzie uczestniczyć w konsultacjach i przedstawi dowody dotyczące wysokości ceny, w sytuacji, gdy będzie mu groziło zatrzymanie wadium. Należy także krytycznie odnieść się do samego sformułowania

w projekcie artykułu 46 ust. 6 pkt 2 – który nieprecyzyjnie określa w/w przesłankę w postaci zapisu: „zachowanie wykonawcy wskazuje na uchylanie się od obowiązku”. Powyższy zwrot – wprawdzie został inkorporowany – jest niejednoznaczny i powinien zostać zastąpiony przykładowo zwrotem: „wykonawca uchyla się” lub „wykonawca nie złożył dowodów”. Dotychczas zaproponowane brzmienie omawianego artykułu wprowadza uznaniowość zamawiającego, który dokonuje oceny zachowania wykonawcy, co w konsekwencji może stanowić źródło nadużyć. Trzecia przesłanka również została wadliwie skonstruowana, ponieważ można z niej wywnioskować, iż zamawiający wybrał ofertę bardziej korzystną od oferty wykonawcy, którego oferta została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę. Zdaniem KR IARP wystarczającą i skuteczną przesłanką zatrzymania wadium wykonawcy, który przedstawił ofertę z rażąco niską ceną, jest odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP. Z kolei wykonawca, który uważa, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, posiada *remedium* w postaci odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

W odniesieniu do propozycji zmiany art. 61, art. 63 ust. 3 oraz dodania art. 63 a i art. 67 ust. 4, Krajowa Rada Izby Architektów RP nie zgłasza uwag.

Z kolei, w zakresie zmiany art. 90 PZP (oraz odpowiednio 89 ust. 1 pkt 4), nasuwa się wiele wątpliwości, co do skuteczności zawartej w projekcie regulacji prawnej. Uwagi i propozycje w zakresie konstrukcji „rażąco niskiej ceny” – jak słusznie wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy - Krajowa Rada Izby Architektów RP przedstawiała przy okazji poprzednich konsultacji społecznych w związku z projektem założeń z dnia 12 września 2012 r. Dyrektywa 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) zakazuje automatycznego wykluczania wykonawców, którzy przedstawili ofertę z najniższą ceną, warunkując odrzucenie takiej oferty uprzednim postępowaniem wyjaśniającym. Jednakże, na gruncie dyrektywy, ważne jest, aby zamawiający został zobligowany w pewnych sytuacjach do zainicjowania powyższej procedury konsultacji z wykonawcą, celem wykazania, iż zawarta w ofercie cena jest uzasadniona i zapewnia wykonanie zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. W zaproponowanym przepisie, zdaniem KR IARP, brakuje jednoznacznego nałożenia na zamawiającego – **obowiązku** – żądania od wykonawcy wyjaśnień w razie wątpliwości, co do ceny podanej przez niego w ofercie. Proponowana regulacja nie przesądza bowiem, czy zamawiający w sytuacji określonej w art. 90 ust. 1 jest zobligowany do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Ponadto, omawiany artykuł wprowadza uznaniowość w postaci oceny przez zamawiającego – która z ofert wydaje mu się niska i budzi wątpliwości. Zasadniczo, już na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej, Zamawiający skłaniają się do wyboru najbardziej bezpiecznego (z uwagi na przejrzystość i niemożność zarzucenia nieprawidłowości

podmiotowi udzielającemu zamówienia) rozwiązania w zakresie wyboru kryterium oceny ofert, wskazując cenę jako jedyne kryterium oceny ofert. Wobec tego, zamawiający nie będzie wnikliwie analizował, czy i która z ofert zawiera zbyt niską cenę, a tym bardziej przedłużał postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na czas trwania ewentualnych wyjaśnień z wykonawcą. Z punktu widzenia ekonomicznego oraz z uwagi na zapewnienie szybkości postępowania, zamawiający rezygnują z procedury przeprowadzania z wykonawcą konsultacji. Brak mechanizmu obligującego zamawiających do inicjowania postępowań wyjaśniających nie odniesie skutku w postaci wyeliminowania ryzyka nienależytego wykonania zamówienia spowodowane rażąco niskimi cenami oferowanymi przez wykonawców. Nadto, Krajowa Rada Izby Architektów RP w dalszym ciągu podtrzymuje swoje stanowisko w odniesieniu do - proponowanego przy okazji uwag do projektu założeń z dnia 12 września 2012 r. – zdefiniowania pojęcia „rażąco niskiej ceny”.

Niemniej jednak, popieramy i akceptujemy wprowadzone uszczegółowienie elementów składowych oferty, będących przedmiotem wyjaśnień wykonawcy. Krajowa Rada Izby Architektów RP przychyliła się również do rozwiązania wskazującego w sposób jednoznaczny, iż ciężar udowodnienia, że cena oferty jest na odpowiednim poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, spoczywa na wykonawcy.

Wskazujemy, iż w odniesieniu do pozostałych zmian brzmienia art. 90 ust 4, art. 131 e, 138 c Ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zgłaszamy uwag. za wyjątkiem art. 131 e ust. 5, który to przepis w nieuzasadniony sposób stawia w pozycji uprzywilejowanej wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Niezrozumiała i naruszająca zasady równości jest proponowana regulacja, która faworyzuje pewną grupę wykonawców z danej dziedziny.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Rada Izby Architektów RP, po wnikliwej analizie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, ocenia iż propozycje w nim zawarte wymagają wnikliwego wieloaspektowego przeanalizowania. Wnosimy tym samym o uwzględnienie w dalszych pracach legislacyjnych dostrzeżonych przez nas zagrożeń oraz o przychylenie się do zaproponowanych przez nas propozycji rozwiązań.



Wojciech Gęsiak, Architekt IARP  
Prezes Krajowej Rady



Waldemar Jasiewicz, Architekt IARP  
Sekretarz Krajowej Rady