

**Projekt założeń  
projektu ustawy o zmianie ustawy  
– Prawo zamówień publicznych**

**Urząd Zamówień Publicznych**

**12 września 2012 rok**

## I. Cel projektowanej ustawy

Celem projektowanych założeń jest **rozszerzenie kompetencji zamawiającego w zakresie kontroli nad procesem udzielania zamówień oraz uzyskania lepszej jakości udzielanych i zrealizowanych zamówień publicznych**, służących efektywnemu realizowaniu zadań publicznych poprzez:

- 1) przewidzenie rozwiązań służących skutecznej identyfikacji i eliminacji z postępowań ofert z rażąco niską ceną,
- 2) zmiany dotyczące zapewnienia wyboru „rzetelnego” wykonawcy, dającego rękojmię należytego wykonania umowy,
- 3) ułatwienie w prowadzeniu postępowań w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego,
- 4) podwyższenie progów zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dla zamówień nie współfinansowanych ze środków UE,
- 5) umożliwienie zamawiającym ograniczenia podmiotów biorących udział w postępowaniu do wykonawców pochodzących z UE, EOG, z krajów stron Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA) (preferencje europejskie).

Projektowane rozwiązania mają również na celu **zwiększenie udziału przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych** poprzez usunięcie zbędnych barier zniechęcających ich do bardziej powszechnego i aktywnego ubiegania się o realizację zamówień publicznych w następnym:

- 6) wprowadzenia możliwości ogłoszenia o planowanych zamówieniach poniżej „progów unijnych”,
- 7) deregulacji postępowań w zakresie żądania dokumentów poprzez umożliwienie zamawiającym przeprowadzania postępowań w oparciu o oświadczenia wykonawców i żądaniu dokumentów wyłącznie od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę,
- 8) eliminacji zatrzymywania wadliwych z uwagi na nieuzupełnienie dokumentów,
- 9) wprowadzenia zasady zwrotu planów, próbek, wzorów, rysunków również wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza,
- 10) dopuszczenia możliwości składania oferty i dokumentów wyłącznie w języku innym niż język polski,

Powyższym celom, jak również większej konkurencyjności i przejrzystości procedur, przyśpieszeniu i zmniejszeniu kosztów organizowania postępowań przez zamawiających oraz ubiegania się o zamówienia publiczne przez wykonawców służyć będą zmiany umożliwiające przeprowadzanie **w pełni elektronicznych postępowań o udzielenie zamówień publicznych (11)**.

Ponadto celem projektowanej ustawy jest wprowadzenie zmian w zakresie:

- 12) rozpoznawania zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu,
- 13) kadencyjności członków Rady Zamówień Publicznych,
- 14) sankcji za naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszące się do podmiotów spoza sektora finansów publicznych,
- 15) rozszerzenie zadań Krajowej Izby Odwoławczej o podejmowanie uchwał dotyczących zagadnień budzących wątpliwości interpretacyjne.

- co powinno przyczynić się do wzmocnienia istniejących instrumentów dostępnych organom administracji publicznej w celu realizacji określonych przepisami zadań w zakresie zamówień publicznych.

## **II. Zakres projektowanej regulacji**

### **Ad. 1) Przewidzenie rozwiązań służących skutecznej identyfikacji i eliminacji z postępowań ofert z rażąco niską ceną.**

Udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, stanowi poważne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia. Stąd przepisy dotyczące wyjaśniania i odrzucania ofert dotkniętych wadą rażąco niskiej ceny, których celem jest wyeliminowanie z postępowania nieuczciwych wykonawców niegwarantujących osiągnięcia odpowiedniej jakości na etapie realizacji zamówienia publicznego, wymagają doprecyzowania. W szczególności, należy stworzyć mechanizmy umożliwiające 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.

Proponuje się doprecyzowanie, że zamawiający zwraca się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnień dotyczących szczegółowego sposobu obliczenia ceny w odniesieniu do całości świadczenia będącego przedmiotem zamówienia albo w odniesieniu do świadczeń częściowych, jeżeli cena zawarta w ofercie wydaje się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie proponuje się, by zamawiający miał obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z takim żądaniem, jeżeli wystąpi przynajmniej jedna z następujących okoliczności: (1) cena zawarta w ofercie jest niższa o więcej niż 50 % od średniej arytmetycznej cen zawartych w pozostałych ofertach lub wartości zamówienia (2) cena zawarta w ofercie jest o więcej niż 20 % niższa od ceny zawartej ofercie, która ze względu na kryterium ceny została sklasyfikowana jako druga w kolejności. Dodatkowym warunkiem będzie wpływ co najmniej 5 ofert.

Żądanie zamawiającego powinno sprowadzać się do żądania przedstawienia szczegółowego sposobu obliczenia ceny całości świadczenia albo świadczeń częściowych. Natomiast przedmiotem badania i oceny ma być stosunek ceny do dostawy, usługi czy roboty budowlanej będącej przedmiotem zamówienia. Uregulowanie powinno również odnosić się do zagadnienia ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w wyjaśnieniach przedstawionych przez wykonawcę.

Należy równocześnie doprecyzować, że zamawiający powinien wyznaczyć rozsądny termin na złożenie wyjaśnień przez wykonawcę, biorąc pod uwagę czas niezbędny na ich przygotowanie. Wskazane jest także umożliwienie zamawiającemu żądania od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień oraz przeprowadzenia z wykonawcą konsultacji. W przypadku, gdy jest to możliwe i niezbędne dla zweryfikowania wyjaśnień wykonawcy, zamawiający będzie mógł żądać stosownych dokumentów potwierdzających treść wyjaśnień.

Na podstawie złożonych wyjaśnień lub w toku konsultacji z wykonawcą zamawiający będzie ocenił, czy niski poziom ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest uzasadniony i nie zagraża prawidłowej realizacji zamówienia, biorąc pod uwagę, w szczególności, oszczędność procesu produkcyjnego, świadczenia usług lub metody budowania, techniczne lub wszelkie wyjątkowo korzystne warunki, którymi dysponuje wykonawca w celu realizacji zamówienia, oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych proponowanych przez wykonawcę, zgodność z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy czy też możliwość uzyskania przez wykonawcę pomocy publicznej.

Jednocześnie należy przenieść ciężar udowodnienia, że oferta zawiera rażąco niską cenę z zamawiającego na wykonawcę. Proponuje się więc przeformułowanie przesłanki odrzucenia oferty poprzez wskazanie, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień albo jeżeli wyjaśnienia i konsultacje w sposób wystarczający nie uzasadniają niskiego poziomu zaproponowanej przez wykonawcę ceny dostawy, usługi czy roboty budowlanej będącej przedmiotem zamówienia.

**Ad. 2) Zmiany dotyczące zapewnienia wyboru „rzetelnego” wykonawcy, dającego rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.**

Proponowane zmiany będą służyły zapewnieniu wyboru „rzetelnego” wykonawcy, dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Osiągnięciu tego celu służyć będą uregulowania, z których będzie wynikać, iż przedmiotem oceny podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego będzie także jego rzetelność. Należy przez to rozumieć prawidłowe zrealizowanie wcześniej udzielonych temu wykonawcy zamówień publicznych. Z postanowienia art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE wynika jednoznacznie, iż w procedurach zamówień publicznych, których przedmiotem są określonego rodzaju dostawy, usługi lub roboty budowlane, zdolność wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia może być oceniana w szczególności nie tylko w odniesieniu do kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, ale także rzetelności wykonawcy.

Obecnie ocena wykonawców sprowadza się weryfikacji należytego wykonania prac odpowiadających przedmiotowi udzielanego zamówienia. Zamawiający nie może żądać od wykonawców informacji i dokumentów dotyczących tych robót, które zostały zakontraktowane, ale wykonawca ich nie wykonał albo wykonał je nienależycie, co tym samym miało negatywne konsekwencje dla interesu publicznego oraz realizacji zadań publicznych. Tym samym, rzetelność wykonawcy powinna być oceniana w kontekście całokształtu jego działalności obejmującej zarówno roboty wymienione w referencjach, potwierdzających należyte ich wykonanie, jak również przypadki nienależytego wykonania lub nawet niewykonania zleconych zadań. W związku z powyższym, niezbędne jest przyznanie zamawiającym możliwości żądanie dokumentów w postępowaniu dotyczących również przypadków nierzetelnych działań wykonawcy. W tym celu konieczne będą zmiany w rozporządzeniu o dokumentach poprzez przewidzenie w jego treści wykazu dokumentów, służących do zweryfikowania rzetelności wykonawcy.

Ponadto, konieczne jest zapewnienie powiązania opisanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków udziału w postanowieniu z postanowieniami umowy, a tym samym realizacją zamówienia publicznego. Kwalifikacja podmiotowa dotycząca badania wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, czy znajdowania się w odpowiedniej sytuacji finansowej lub ekonomicznej przez wykonawców ubiegających się o zamówienie ma służyć wyborowi wykonawcy, którego walory podmiotowe dają gwarancję prawidłowego wykonania powierzonego zamówienia publicznego. Tym samym, również zasoby, którymi wykonawca się legitymuje w toku postępowania, składając wymagane przez zamawiającego oświadczenia i potwierdzające je dokumenty, powinny również pozostawać w dyspozycji tego wykonawcy podczas realizacji zamówienia. Zapewnieniu tego mogą służyć odpowiednie postanowienia umowy o zamówienie publiczne, z których jednoznacznie będzie wynikać, iż wskazane przez wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo w ofercie osoby niezbędne do realizacji kluczowych części zamówienia, czy też potencjał techniczny w postaci maszyn, urządzeń lub innych środków technicznych, będzie rzeczywiście wykorzystywany przez wykonawcę w celu terminowego i prawidłowego, w szczególności zapewnienia odpowiedniej jakości, wykonania zamówienia publicznego. W związku z powyższym, proponuje się, aby w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych dot. umów w sprawie udzielenia zamówienia wprost zostało zapisane uprawnienie zamawiającego do przewidzenia w projekcie umowy, wzorze umowy lub ogólnych warunkach umowy obowiązku korzystania przez wykonawcę przy realizacji zamówienia z potencjału powołanego w celu wykazania spełniania warunków udziału lub w prekwalifikacjach.

Stanowiący transpozycję art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej) - art. 26 ust. 2b uPzp w aktualnym brzmieniu dopuszcza powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 uPzp na wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia i zdolności finansowe innych podmiotów.

Z obecnego brzmienia przepisu nie wynika jednoznacznie, czy wykonawca ma możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz zdolności ekonomicznej, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Jednoznaczne przesądzenie o możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie uprawnień jest istotne z punktu widzenia pewności wykonawcy co do prawidłowości jego przystąpienia do postępowania o zamówienie publiczne z odwołaniem się do potencjału podmiotu trzeciego, który posiada wymagane uprawnienia.

Zdarzają się sytuacje, w których przewidziane prawem uprawnienia wymagane są jedynie do realizacji niewielkiej części zamówienia, co powoduje, że podmioty posiadające takie uprawnienia nie są zainteresowane ubieganiem się o udzielenie zamówienia w konsorcjum z wykonawcą, który realizowałby jego zasadniczą część przedmiotu zamówienia z uwagi na wynikającą z art. 141 uPzp solidarną odpowiedzialność konsorcjantów za wykonanie umowy. Powodować to może sytuację, w której wykonawca, który wprowadzie podmiotowo ma odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie i potencjał do wykonywania zasadniczej części zamówienia (np. budowy skomplikowanego budynku), nie będzie spełniał warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak uprawnień (np. koncesji na ochronę mienia i osób), których zamawiający wymaga w związku z realizacją ubocznej części zamówienia (np. obejmującej ochronę placu budowy). W takich sytuacjach brak możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie uprawnień skutkować może nie przystąpieniem wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do możliwości powoływania się na zdolność ekonomiczną podmiotów trzecich zauważyć należy, iż zgodnie z sentencją orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o sygn. akt. C-176/98 "przepis dyrektywy Rady 92/50/EWG (obecnie postanowienie art. 47 ust. 2 dyrektywy klasycznej), który umożliwia wykonawcy poleganie na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim powiązań, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia". Orzeczenie zostało wydane na gruncie dyrektywy poprzedzającej dyrektywę klasyczną, jednak należy uznać je za aktualne również na gruncie obecnie obowiązującego prawa unijnego, tym bardziej, że dyrektywa 92/50/EWG nie zawierała przepisu analogicznego do art. 47 ust 2 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE.

W związku z powyższym proponuje się, aby przepis art. 26 ust. 2b uPzp został doprecyzowany o literalne wskazanie na możliwość polegania wykonawcy również na "zdolnościach ekonomicznych" podmiotów trzecich.

Bezpośrednio z propozycją określenia zasad powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich, co jest zgodne z art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej) jest związana kolejna zmiana, a mianowicie uregulowanie warunków i zasad uwzględniania przez zamawiających zasobów podmiotów trzecich, na które powołują się wykonawcy w ramach prekwalfikacji w trybach wieloetapowych, tj. w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego.

W celu rozszerzenia uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli nad procesem udzielania zamówień oraz uzyskania lepszej jakości udzielanych i zrealizowanych zamówień publicznych, proponuje się wprowadzenie jednoznacznych regulacji dających zamawiającemu możliwość określenia zasad powoływania się na potencjał podmiotów trzecich przez wykonawców. Zamawiający mógłby samodzielnie każdorazowo, przy rozpoczęciu postępowania o udzielenie zamówienia ww. trybach, określać czy w przypadku, gdy wykonawca powoła się na zasoby podmiotów trzecich, ich wiedza i doświadczenie będzie brana pod uwagę przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, zamawiający podejmując decyzję o uznawaniu zasobów podmiotów trzecich, będzie mógł określić zakres i sposób ich uwzględnienia. W szczególności zamawiający będzie mógł wskazać w przypadku których części zamówienia będą brane pod uwagę zasoby podmiotów trzecich.

### **Ad. 3) Ułatwienia w prowadzeniu postępowań w trybach negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego.**

Jednymi z najrzadziej stosowanych trybów udzielania zamówień publicznych w Polsce są dialog konkurencyjny i negocjacje z ogłoszeniem (w 2010 r. zastosowano je odpowiednio w 0,03% oraz 0,13% postępowań w sprawie zamówień publicznych, w 2011 r. 0,04% oraz 0,14%). Tymczasem, są to stosunkowo konkurencyjne i przejrzyste tryby. W innych państwach Unii Europejskiej są one stosowane znacznie częściej – dotyczy to zwłaszcza negocjacji z ogłoszeniem (jest to trzecia pod względem popularności procedura, w której udziela się 8% zamówień). Dialog konkurencyjny nie jest już tak chętnie wykorzystywany, ale i tak jest wybierany przez zamawiających średnio 100 razy częściej niż w Polsce. Przyczyny takiego stanu rzeczy należy upatrywać przede wszystkim w ich nadmiernym sformalizowaniu, w stopniu przekraczającym wymogi wynikające z prawa unijnego. Przykładowo, negocjacje z ogłoszeniem wraz z dialogiem konkurencyjnym są najdłuższymi trybami postępowania spośród przewidzianych ustawą (w 2010 r. średni czas trwania postępowania w Polsce o wartości unijnej wynosił w przypadku dialogu konkurencyjnego 215 dni zaś negocjacji z ogłoszeniem 229 dni). Negocjacje z ogłoszeniem składają się obecnie z 4 oddzielnych etapów postępowania - wymagają one publikacji ogłoszenia o zamówieniu, następnie kwalifikacji wykonawców, składania tzw. ofert wstępnych, negocjacji, wreszcie składania ofert.

Proponuje się wprowadzenie następujących zmian w zakresie przebiegu postępowania w trybie negocjacji z publikacją ogłoszenia. Po publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym, w którym zamawiający zapraszałyby wykonawców do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający przeprowadzałyby podmiotową kwalifikację wykonawców (kandydatów), którzy wyrazili zainteresowanie udziałem w postępowaniu i złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału. Kwalifikacja odbywałaby się na analogicznych zasadach jak w przypadku przetargu ograniczonego – zamawiający zapraszałyby do dalszego udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy spełnili określone przez niego minimalne warunki podmiotowe. Zamawiający mógłby jednak, podobnie jak w przetargu ograniczonym, ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert a następnie negocjacji, z tym że minimalna liczba wykonawców, których należałoby zaprosić to 3. Wybór wykonawców w takim przypadku byłby dokonywany w oparciu o obiektywne, niedyskryminacyjne i przejrzyste kryteria.

Następnie zamawiający zapraszał by zakwalifikowanych wykonawców do składania ofert, przekazując im specyfikację istotnych warunków zamówienia. Proponuje się, aby ustawa nie określała minimalnego terminu składania ofert wyznaczając jedynie generalną zasadę, że powinien to być termin wystarczający do przygotowania i złożenia oferty. Wykonawcy w odpowiedzi na zaproszenie składaliby oferty przygotowane w oparciu o SIWZ określające wszystkie istotne warunki realizacji zamówienia, w tym, inaczej niż obecnie, również cenę.

Oferty te byłyby następnie przedmiotem negocjacji z oferentami, którzy złożyli oferty. Oferty nie podlegałyby odrzuceniu nawet w przypadku ich niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jednym z elementów negocjacji mogłoby być bowiem dostosowanie ofert do wymogów określonych przez zamawiającego. Zamawiający miałby obowiązek zaproszenia do negocjacji wszystkich oferentów, którzy złożyli oferty, chyba że określiliby, już na etapie publikacji ogłoszenia, że negocjacje będzie prowadził z ograniczoną liczbą wykonawców, nie mniejszą jednak niż 3. W takim przypadku wybór ofert, które będą następnie negocjowane, odbywałby się zgodnie z określonym w ogłoszeniu oraz specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, kryteriami udzielenia zamówienia.

Negocjacje z zaproszonymi oferentami powinny być prowadzone z poszanowaniem zasady niedyskryminacji oraz równego traktowania, przy zachowaniu poufnego charakteru prowadzonych negocjacji. Przedmiotem negocjacji mogłyby być wszystkie warunki realizacji zamówienia określone w ofertach, w tym również cena.

Po zakończeniu negocjacji zamawiający udzielałby zamówienia, w oparciu o wyniki negocjacji, temu wykonawcy, który w trakcie przeprowadzonych negocjacji zaproponowałby najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia.

Powyższe zmiany pozwolą na skrócenie – przyspieszenie tego postępowania, a co za tym idzie zwiększy się jego atrakcyjność dla zamawiających. Podobne efekty osiągnięte zostaną poprzez uelastycznienie zasad prowadzenia negocjacji z zaproszonymi oferentami.

W dialogu konkurencyjnym proponuje się, aby, podobnie jak to ma miejsce w przypadku negocjacji z publikacją ogłoszenia, był to jeden z trybów podstawowych, czyli takich, z których zamawiający może zawsze skorzystać, ale tylko w przypadku zamówień o wartościach nie przekraczających progów unijnych. Propozycja ta jest zgodna z prawem unijnym, bowiem dyrektywy unijne dotyczą jedynie zamówień przekraczających określone wartości, państwa członkowskie dysponują swobodą gdy chodzi o określanie procedur udzielania zamówień o mniejszej wartości, z zastrzeżeniem wszakże obowiązku przestrzegania podstawowych zasad prawa unijnego. Ponadto, proponuje się aby minimalna liczba wykonawców, których zamawiający powinien zaprosić do udziału w dialogu wynosiła, w przypadku zamówień unijnych, nie 5 tak jak obecnie, ale 3. Taka zmiana jest zgodna z przepisami unijnymi i powinna znacznie ułatwić zamawiającemu prowadzenie postępowania oraz przyspieszyć postępowanie w tym jednym z najdłuższych trybów.

Dalsze skrócenie czasu postępowania w tym trybie może zostać jeszcze osiągnięte poprzez rezygnację z wyznaczenia w ustawie minimalnego terminu składania ofert, przy pozostawieniu zasady ogólnej, że termin składania ofert powinien być dostatecznie długi, aby umożliwić przygotowanie i złożenie oferty.

Równocześnie proponuje się wprowadzenie rozwiązań służących zarówno udzielaniu zamówień publicznych jak i wyborowi partnera prywatnego w partnerstwie publiczno – prywatnym. Zauważyć należy, iż zgodnie z przepisami unijnymi, aby zamawiający mógł ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych w trakcie dialogu. Zamawiający będzie mógł przewidzieć, że postępowanie toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, poprzez wskazanie możliwości skorzystania z rozwiązania polegającego na stopniowej eliminacji rozwiązań, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz opisie potrzeb i wymagań zamawiającego oraz stosując do wyboru rozwiązań podlegających omówieniu na dalszych etapach, kryteria udzielenia zamówienia wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz opisie potrzeb i wymagań zamawiającego.

Zgodnie z uPzp zamawiający prowadzi dialog z wykonawcami do momentu, gdy jest w stanie określić, które rozwiązania najbardziej spełniają jego potrzeby. Zamawiający jest zobligowany prowadzić dialog ze wszystkimi wykonawcami, którzy zostali do niego zaproszeni i przekazywać im wszelkie informacje związane z dialogiem na równych zasadach. Regulacja ta powoduje, że tryb dialogu konkurencyjnego niewiele różni się od trybu negocjacji z ogłoszeniem.

Postanowienia dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, dopuszczają wieloetapowe postępowanie podczas dialogu. Zgodnie z postanowieniem art. 29 ust. 4 dyrektywy klasycznej aby ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych na etapie dialogu, instytucje zamawiające mogą przewidzieć, że postępowanie będzie się toczyć w następujących po sobie etapach, stosując kryteria udzielenia zamówienia wskazane w ogłoszeniu lub dokumencie opisowym.

Przepisy uPzp powinny umożliwić zamawiającemu eliminację w trakcie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego tych wykonawców, których oferty są dla niego najmniej odpowiednie, a w szczególności tych, którzy nie uczestniczą aktywnie w dialogu.

Na gruncie obecnie obowiązującego prawa zamawiający, który chce ograniczyć liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert, musi uczynić to już na etapie „prekwalifikacji”, co jednocześnie wyklucza możliwość zapoznania się z jak największą liczbą rozwiązań zaproponowanych przez wykonawców.

Podmiot publiczny nie jest w stanie przewidzieć w jakim stopniu propozycje podmiotów zaproszonych do dialogu będą odpowiadały jego potrzebom. Zapraszając ograniczoną liczbę podmiotów prywatnych, podmiot publiczny zmniejsza swe szanse na uzyskanie innowacyjnych rozwiązań. Z kolei nie zastosowanie systemu prekwalifikacji może zniechęcić partnerów prywatnych do składania ofert, z uwagi na mniejsze szanse na wybór ich oferty.

Prowadzenie ostatniego etapu dialogu wyłącznie z "preferred bidders" może przyczynić się do

obniżenia kosztów postępowania oraz do skrócenia procedury dialogu konkurencyjnego.

Należy jednak dodatkowo wskazać na następujące ryzyka związane z podziałem dialogu na etapy:

- (1) szczegółowa ocena podmiotów na każdym etapie postępowania może okazać się dla zamawiającego czynnością na tyle złożoną i skomplikowaną zarówno od strony logistycznej jak i merytorycznej, że w rzeczywistości wydłuży czas trwania postępowania,
- (2) kryteria oceny ustanowione w ogłoszeniu mogą okazać się w trakcie postępowania nieadekwatne do każdego z etapów dialogu,
- (3) partnerzy prywatni eliminowani w trakcie dialogu mogą zarzucić podmiotowi publicznemu naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz skorzystać ze środków odwoławczych określonych w uPzp.

Z uwagi na powyższe możliwość podziału dialogu na etapy powinna być dla zamawiającego fakultatywna. Podmiot publiczny powinien mieć możliwość elastycznego kształtowania procedury dopasowywania jej do swoich potrzeb. Zawsze jednak możliwość ta powinna być wskazana w ogłoszeniu.

Zgodnie z art. 60e ust. 3 uPzp, wraz z zaproszeniem do składania ofert, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu konkurencyjnego, zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Dosłowna lektura tego przepisu sugeruje, że opracowując specyfikację istotnych warunków zamówienia zamawiający musi uwzględnić wszystkie rozwiązania przedstawione podczas dialogu. Tymczasem, w świetle art. 1 ust. 11 lit. c dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, celem dialogu konkurencyjnego jest "wypracowanie jednego lub większej liczby odpowiednich rozwiązań, spełniających wymogi zamawiającego, a na ich podstawie kandydaci są następnie zapraszani do składania ofert". Oznacza to, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna być opracowana nie na podstawie wszystkich rozwiązań przedstawionych w trakcie dialogu, ale jedynie na podstawie rozwiązań spełniających minimalne wymogi zamawiającego. Jeżeli zaś dialog prowadzony jest w następujących po sobie etapach, mających na celu ograniczenie diskutowanych rozwiązań, podstawą opracowania specyfikacji będą jedynie najlepsze rozwiązania wyselekcjonowane na podstawie kryteriów oceny ofert, które były do samego końca przedmiotem dialogu.

W konsekwencji proponuje się w art. 60d ust. 5 dodanie pkt 4, zgodnie z którym zaproszenie do dialogu zawiera również informację o możliwości prowadzenia dialogu w następujących po sobie etapach (dialog wieloetapowy). Artykuł 60e zostanie zmieniony tak, aby odzwierciedlić wprowadzoną możliwość prowadzenia dialogu wieloetapowego. Procedura zaproponowana w tym artykule, jako podstawową zasadę przyjmuje zapewnienie konkurencji oraz prowadzenie dialogu do momentu, gdy zamawiający jest w stanie określić rozwiązanie (rozwiązania) spełniające jego potrzeby.

Wobec powyższych zmian konieczne jest również wprowadzenia do ustawy o koncesji przepisu odpowiadającego art. 60d ust. 2 uPzp, umożliwiającego zaproszenie do negocjacji wybranych przez koncesjonariusza w ramach prekwalfikacji kandydatów, co pozwoli skrócić czas i zmniejszyć koszty postępowania o zawarcie umowy koncesji. To od koncesjonariusza powinno zależeć ile kandydatów zamierza zaprosić do złożenia ofert, pod warunkiem, że zostanie zachowana zasada uczciwej konkurencji. Znajduje to odzwierciedlenie w proponowanej zmianie art. 11 pkt 6 oraz dodaniu art. 11 pkt 6a, a także zmianie brzmienia art. 14 ust. 1 oraz dodaniu art. 14 ust. 1a i 1b ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, które odzwierciedlają rozwiązanie zastosowane w przypadku dialogu konkurencyjnego (art. 60d ust. 2 - 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W konsekwencji proponuje się określenie w ustawie wymogu minimalnej liczby kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do udziału w negocjacjach, a także wprowadzenie zasad dotyczących zapraszania kandydatów do udziału w negocjacjach, jeśli ich liczba jest większa albo mniejsza niż określona w ogłoszeniu o koncesji.



**Ad. 4) Podwyższenie progów zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dla zamówień nie współfinansowanych ze środków UE.**

W związku ze zwiększeniem wysokości tzw. „progów unijnych”, tj. kwot wartości zamówień oraz konkursów od wysokości których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, dotyczących jednostek samorządu terytorialnego do kwoty 200 000 euro - dla dostaw lub usług, proponuje się podniesienie podstawowego progu, od którego powstaje obowiązek stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych, z 14.000 euro do 20.000 euro.

Tym samym próg stosowania ustawy zostaje podniesiony do kwoty odpowiadającej około 10% wartości kwot progowych określonych dyrektywami Unii Europejskiej, które dotyczą zamówień publicznych. Dzięki takiemu rozwiązaniu zamawiający będą mogli elastyczniej dopasować się do realiów rynku, a mniejsi przedsiębiorcy uzyskać dostęp do realizacji niewielkich usług, dostaw i robót budowlanych na rzecz zamawiających.

Podwyższenie progu będzie dotyczyło wyłącznie zamówień oraz konkursów, które nie są współfinansowane ze środków Unii Europejskiej. Pozostawienie „progu bagatelności” na poziomie 14 000 euro dla zamówień i konkursów finansowanych ze środków UE podyktowane jest koniecznością zapewnienia efektywności wydatkowania środków unijnych, której ma służyć stosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym powinno pozwolić na uniknięcie nieprawidłowego wydatkowania tych środków, czego następstwem są korekty wydatkowanych środków oraz kar nakładane na zamawiających.

**Ad. 5) Umożliwienie zamawiającym zastosowania preferencji europejskich.**

Dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych dotyczą rynku wewnętrznego Unii Europejskiej i tym samym nie wymagają zapewnienia dostępu do zamówień publicznych wykonawcom pochodzącym z krajów nie będących członkami Unii Europejskiej. Zamówienie publiczne muszą być dostępne dla wykonawców mających siedzibę (miejsce zamieszkania) w jednym z krajów członkowskich UE, Europejskiego Obszaru Gospodarczego a także wykonawców pochodzących z państw, które podpisały ze Wspólnotą Europejską/Unią Europejską odpowiednie umowy dotyczące wzajemnego otwarcia rynków zamówień publicznych.

W związku z powyższym proponuje się sformułowanie zasady, zgodnie z którą w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych będą mogli brać udział wyłącznie:

(1) wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w jednym z krajów członkowskich Unii Europejskiej lub

(2) na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego, oraz

(3) wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium kraju, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła odpowiednią umowę międzynarodową. Jednocześnie zostanie wprowadzona regulacja umożliwiająca zamawiającemu dopuszczenie, w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do udziału wykonawców mających siedzibę także na terytorium innych państw niż powyżej określone.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem dostęp do procedur zamówień publicznych w Polsce miałiby wykonawcy pochodzący z krajów stron Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA).

Wykonawcy z krajów nie będących stronami umów w zakresie zamówień publicznych mogliby ubiegać się o zamówienia publiczne tylko w sytuacji, gdyby zamawiający dopuścił, w konkretnym przypadku ich udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

**Ad. 6) Wprowadzenie możliwości ogłoszenia o planowanych zamówieniach poniżej „progów unijnych”.**

Na wzór regulacji dotyczących ogłoszeń o planowanych zamówieniach powyżej progów unijnych, proponuje się wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą zamawiający, po zatwierdzeniu albo uchwaleniu

planu finansowego (zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub umową), a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – raz w roku, będzie mógł przekazać do Biuletynu Zamówień Publicznych, lub zamieścić na swojej stronie internetowej, w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach poniżej „progów unijnych”.

Rozwiązanie powyższe da możliwość wykonawcom zdobycia informacji o planowanym do udzielenia zamówieniu na tyle wcześniej, by mogli oni w sposób właściwy przygotować się do wzięcia udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Biorąc pod uwagę stosunkowo krótkie określone ustawą minimalne terminy na złożenie oferty w przetargu nieograniczonym (7 dni i dla robót budowlanych – 14 dni) informacja taka może zwiększyć szansę wykonawcy na udział w danym postępowaniu.

**Ad. 7) Deregulacja postępowań w zakresie żądania dokumentów poprzez umożliwienie zamawiającym przeprowadzanie postępowań w oparciu o oświadczenia wykonawców i żądaniu dokumentów wyłącznie od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę.**

Proponuje się zmianę przepisów art. 25 i 26 uPzp dotyczących potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez wprowadzenie zasady możliwości, by zamawiający w przetargu nieograniczonym, negocjując bez ogłoszenia i zapytaniu o cenę będzie mógł żądać, w celu weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców, jedynie oświadczeń, natomiast dokumenty (zaświadczenia) zobligowany będzie złożyć jedynie ten podmiot, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe rozwiązanie dotyczyć może wyłącznie ww. trybów, albowiem w pozostałych trybach dokumenty są niezbędne dla zakwalifikowania wykonawców do kolejnego etapu postępowania o zamówienie publiczne. Niemniej jednak skala korzystania z trybów, których zmiana dotyczy, wynosi ponad 80%, stąd też zmiana ta w sposób istotny wpłynie na sposób prowadzenia postępowań przyczyniając się do ich usprawnienia, umożliwienia szerszego udziału wykonawców w postępowaniu oraz ograniczenia kosztów zarówno po stronie wykonawców jak i zamawiających.

Termin złożenia dokumentów będzie określony w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej stąd też przewiduje się konieczność dokonania zmian również w zakresie art. 92 ust. 1 uPzp. Nieprzedłożenie we wskazanym przez zamawiającego terminie dokumentów, których zakres będzie wskazany już w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), lub niezuzupełnienie ich na podstawie wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3-4 uPzp, skutkować będzie uznaniem wykonawcy pierwotnie wybranego za wykluczonego, i w oparciu o analogiczne stosowanie przepisu art. 94 ust. 3 uPzp, możliwością wezwania do złożenia dokumentów przez wykonawcę, który złożył drugą w kolejności niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE, jedyną obligatoryjną przesłanką wykluczenia, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest skazanie prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z poniższych czynów: udział w organizacji przestępczej, korupcja, oszustwo i udział w praniu brudnych pieniędzy. Stąd też, jedynym dokumentem, jaki zamawiający ma obowiązek żądać w postępowaniu o wartości przekraczającej progi unijne, jest odpis z rejestru karnego. Rozwiązanie to nadal zabezpiecza zamawiającego przed wyborem wykonawcy niespełniającego wymagań, albowiem w postępowaniu każdy wykonawca obowiązkowo składałby oświadczenia o spełnianiu warunków, natomiast zamawiający miałby prawo żądać pozostałych dokumentów od wybranego wykonawcy.

Ponieważ zasadą wynikającą z dyrektywy jest konieczność udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu - w związku z tym nie jest ograniczeniem uczciwej konkurencji żądanie od wykonawców dokumentów aktualnych na dzień uzupełniania dokumentów. Stąd też, uzasadnione jest, celem zmniejszenia rygoryzmu i odformalizowania postępowania, dokonanie zmiany przepisów i dopuszczenie możliwości, aby uzupełniane dokumenty mogły być uznawane za aktualne również na dzień upływu terminu ich uzupełnienia.

**Ad. 8) Eliminacja zatrzymywania wadium z uwagi na nieuzupełnienie dokumentów.**

Obecna regulacja dotycząca zatrzymania wadium w związku z nieuzupełnieniem dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, nie spełnia oczekiwań w zakresie realizacji celu tego przepisu. Zdarzają się przypadki zatrzymania wadium z powodu obawy przed poniesieniem odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w okolicznościach, w których nieuzupełnienie dokumentu wynikało z przyczyn o charakterze obiektywnym i nie mogło wynikać z zamiaru wykonawcy nieuprawnionego wpływu na przebieg postępowania. Przepis ten, ze względu na swój restrykcyjny charakter, podważa zasadę otwartości systemu zamówień publicznych na konkurencję.

Stąd też, proponuje się uchylene powyżej wymienionej regulacji, która stanowi barierę w dostępie do systemu zamówień publicznych dla wykonawców.

Zauważyć również należy, iż ww. propozycja jest zgodna ze stanowiskiem Rady Zamówień Publicznych, a także wychodzi naprzeciw oczekiwaniom podmiotów dopiero rozpoczynających działalność w sferze zamówień publicznych oraz interesom małych i średnich przedsiębiorstw, bowiem dla nich utrata wadium zwykle jest dużym kosztem, natomiast obawa przed jego utratą często ma wpływ na mniejszy udział tej kategorii przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych a także na negatywny stosunek do dalszego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

**Ad. 9) Wprowadzenie zasady zwrotu planów, próbek, wzorów, rysunków również wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.**

W świetle obecnie obowiązujących przepisów, próbki, plany, rysunki, modele, programy komputerowe i inne materiały stanowią załączniki do protokołu i winny być wraz z nim przechowywane w sposób gwarantujący jego nienaruszalność przez okres co najmniej 4 lat. Oznacza to, iż zamawiający nie może uchybić obowiązkowi zabezpieczenia i przechowania protokołu oraz jego załączników przez okres co najmniej 4 lat od dnia zakończenia postępowania, tym samym od zabezpieczenia i przechowywania ww. załączników pochodzących od wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a także od pozostałych wykonawców o ile nie złożyli oni odpowiedniego wniosku.

Na gruncie przepisów uPzp zamawiający może dokonać zwrotu próbek, planów projektów, modeli, programów komputerowych i innych materiałów składanych w toku postępowania jedynie na wniosek wykonawców, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze. Czynnością niezgodną z cyt. przepisem ustawy jest natomiast zwrócenie takich materiałów wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i z którym podpisano umowę w przedmiocie wykonania zamówienia. Tym samym wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie ma możliwości uzyskania zwrotu próbek przez okres 4 lat, co nie tylko wyklucza możliwość posługiwania się nimi w innych postępowaniach, ale również zwiększa globalny koszt uzyskania zamówienia wykonawcy, bowiem po upływie tego okresu upływa już z reguły termin ich przydatności do użytku. Obowiązek przechowywania wartościowych próbek przez okres 4 lat zwiększa również koszt po stronie zamawiającego, który musi odpowiednio zabezpieczyć takie próbki, a niejednokrotnie również dokonać ich ubezpieczenia.

Mając na względzie powyższe i biorąc pod uwagę konsekwencje ekonomiczne i finansowe, na jakie mogą zostać narażeni wykonawcy i zamawiający w związku z koniecznością złożenia i przechowywania próbek, planów projektów, modeli, programów komputerowych i innych materiałów, w szczególności w przypadku dóbr charakteryzujących się znaczną wartością, proponuje się wprowadzenie rozwiązania, które obligowałoby zamawiającego do ich zwrotu również wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe rozwiązanie wpłynie pozytywnie na zmniejszenie kosztów postępowania i na zwiększenie konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

**Ad. 10) Dopuszczenie możliwości składania oferty i dokumentów wyłącznie w języku innym niż język polski.**

Na gruncie obecnie obowiązującego Prawa zamówień publicznych funkcjonuje zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w języku polskim. Wyjątkiem od zasady prowadzenia postępowania

w języku polskim jest dopuszczenie przez zamawiającego możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty oraz innych dokumentów i oświadczeń również w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Konieczność przedkładania ww. dokumentów w postępowaniu w języku polskim, obok wersji obcojęzycznej, stanowi barierę w dostępie do zamówień publicznych, zwłaszcza w postępowaniach o dużych wartościach i skomplikowanym przedmiocie zamówienia, w których często udział biorą wyłącznie podmioty zagraniczne.

Mając na względzie powyższe, proponuje się zmianę przedmiotowej zasady poprzez wprowadzenie regulacji przewidującej możliwość wyrażenia przez zamawiającego zgody na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty oraz innych dokumentów i oświadczeń wyłącznie w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane, a w konsekwencji likwidację obowiązku przedkładania ww. dokumentów również w języku polskim.

#### **Ad. 11) Pełna elektronizacja postępowań o udzielenie zamówień publicznych.**

Przepisy uPzp w obecnym stanie prawnym umożliwiają stosowanie instrumentów elektronicznych przy udzielaniu zamówień publicznych, ale ze względu na nałożone na zamawiających i wykonawców obowiązki związane z zachowaniem pisemności postępowania, udzielanie zamówień z zastosowaniem instrumentów elektronicznych jest ograniczone. Celem proponowanych zmian jest umożliwienie zamawiającym przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – od jego wszczęcia aż do wyboru najkorzystniejszej oferty – wyłącznie z zastosowaniem formy elektronicznej, poprzez stopniowe usuwanie barier utrudniających lub uniemożliwiających takie działania. Zlikwidowanie istniejących w przepisach barier i wprowadzenie możliwości faktycznego przeprowadzenia postępowania w formie elektronicznej stanowić będzie pierwszy etap w drodze do osiągnięcia celu, jakim jest pełna elektronizacja zamówień publicznych.

Elektronizacja procesu udzielania zamówień publicznych prowadzi do wymiernych korzyści zarówno dla zamawiających i wykonawców, wśród których należy wymienić m.in.:

- 1) przyśpieszenie i uproszczenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poprzez możliwość skorzystania z krótszych terminów ustawowych, szybszego udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców,
- 2) zmniejszenie kosztów przygotowania i przeprowadzenia postępowań dla zamawiających, w tym kosztów zakupu papieru i tuszu, przesyłania korespondencji drogą pocztową i kosztów pracy pracowników zamawiającego zaangażowanych w dystrybucję korespondencji papierowej,
- 3) otwarcie możliwości skutecznego ubiegania się o uzyskanie zamówień publicznych także przez wykonawców funkcjonujących w znacznych odległościach od siedziby zamawiającego,
- 4) zwiększenie przejrzystości i konkurencyjności procedur poprzez ograniczenie bezpośredniego kontaktu z zamawiającym,
- 5) szersze otwarcie dostępu do rynku zamówień publicznych, w szczególności małym średnim przedsiębiorcom.

Łatwiejszy dostęp do zamówień i zmniejszenie kosztów ponoszonych przez wykonawców związanych z ubieganiem się o zamówienia publiczne powinno skutkować wzrostem konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego: większą liczbą ofert konkurencyjnych pod względem cenowym oraz pod względem innych aspektów ocenianych przez zamawiającego.

W aktualnym stanie prawnym zamawiający jest uprawniony do przekazywania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku ogłoszeń przekazywanych drogą pisemną jak również faksem, czas od przekazania ogłoszenia do jego publikacji może być znacznie wydłużony, co działa na niekorzyść wykonawców. Termin składania przez nich ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w postępowaniach wymagających obowiązkowo publikacji ogłoszenia w publikatorze unijnym liczony jest bowiem od momentu przekazania ogłoszenia przez zamawiającego do publikacji. Stąd też proponowane jest wprowadzenie obowiązku przekazywania ogłoszeń

Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej wyłącznie w formie elektronicznej poprzez zamieszczenie przez zamawiających ogłoszeń „online”. W konsekwencji wprowadzenia wyżej wskazanej zmiany możliwe będzie dokonanie również modyfikacji regulacji uPzp, które wprowadzają zasadę zróżnicowania liczenia terminów składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przypadku przekazywania ogłoszeń drogą elektroniczną i w inny sposób. Przyczyni się to do uproszczenia procedury zamówieniowej a także do jej skrócenia.

W obecnym stanie prawnym zasada pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z zasad podstawowych. Przewiduje ona, że podstawową formą prowadzenia postępowania jest forma pisemna, a inne formy są dopuszczalne wyjątkowo, jeżeli zezwala na to ustawa. Powyższe uregulowanie powoduje, że zamawiający, zainteresowany przeprowadzeniem w pełni elektronicznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może tego zrobić, gdyż musi się zawsze liczyć z możliwością otrzymania korespondencji, wniosków, ofert itp. w tradycyjnej formie pisemnej.

W celu umożliwienia zamawiającym przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w formie elektronicznej proponuje się zrezygnowanie z ww. zasady, dzięki czemu zamawiający otrzymają możliwość definitywnego określania formy elektronicznej jako wyłącznej w komunikowaniu się z wykonawcami. Zasadne jest więc wyraźne wskazanie dopuszczalności prowadzenia postępowania w formie elektronicznej jako zasady prowadzenia postępowania. Rozwiązanie takie wygeneruje znaczne oszczędności zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców. Odformalizowanie procedury powinno znacznie zwiększyć grono podmiotów zainteresowanych udziałem w procedurach zamówieniowych.

Konsekwencją zmiany w powyższym zakresie będzie także potrzeba zmiany przepisów określających treść ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym oraz treść ogłoszenia w przetargu ograniczonym poprzez wprowadzenie obowiązku przekazania w treści ogłoszenia informacji o prowadzeniu postępowania wyłącznie w formie elektronicznej i adresu e-mail zamawiającego w przypadku, gdy zamawiający podejmie decyzję o prowadzeniu postępowania wyłącznie w formie elektronicznej.

Z postulatem zniesienia zasady pisemności postępowania łączy się postulat zniesienia obowiązku prowadzenia pisemnego protokołu postępowania. Wprowadzenie możliwości prowadzenia elektronicznej dokumentacji postępowania umożliwi szybszy dostęp do dokumentów zainteresowanym a także zminimalizuje koszt archiwizacji dokumentacji postępowań w okresie 4 lat, w którym możliwe jest przeprowadzenie kontroli postępowania. Wprowadzenie możliwości prowadzenia protokołu w wersji elektronicznej łączyć się powinno ze zmianą przepisów wykonawczych.

#### **11.1. Korespondencja zamawiającego z wykonawcami.**

Przepis art. 27 ust. 2 uPzp umożliwia zamawiającemu, by oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego były przekazywane drogą elektroniczną, ale stosownie do art. 27 ust. 3 uPzp z wyjątkami przewidzianym w ustawie dla np. postępowania prowadzonego w trybie licytacji elektronicznej czy w dynamicznym systemie zakupów, w których obowiązkowa w tym zakresie jest wyłącznie forma elektroniczna, zawsze dopuszczalna jest także forma pisemna. Oznacza to, że czas trwania procedury zamówieniowej, nawet w przypadku wyboru przez zamawiającego jako formy porozumiewania się drogą elektroniczną, będzie ulegał wydłużeniu.

Wprowadzenie możliwości skorzystania przez zamawiającego z formy elektronicznej, bez obowiązku dopuszczenia jednocześnie także tradycyjnej formy pisemnej, w znacznym stopniu przyczyni się do przyspieszenia udzielania zamówień.

#### **11.2. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

Obowiązująca regulacja określająca jakie informacje zamawiający powinien zamieścić w podstawowym dokumencie postępowania, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia, nie zawiera obecnie obowiązku zamieszczania informacji niezbędnych dla prowadzenia postępowań z wykorzystaniem środków elektronicznych. Stąd też, w celu wyeliminowania wątpliwości wykonawców w tym zakresie, a także w celu zachęcenia zamawiających do korzystania ze środków elektronicznych, celowe jest wprowadzenie obowiązku zamieszczenia w specyfikacji informacji o prowadzeniu postępowania wyłącznie w formie elektronicznej, jeżeli zamawiający wybierze taką formę, oraz adresu e-mail zamawiającego

obowiązującego na czas prowadzenia postępowania do wymiany korespondencji i dokumentów elektronicznych.

### **11.3. Wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego wykonawcom dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

Obecnie obowiązujące przepisy umożliwiają zamawiającemu, w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwołanie zebrania wszystkich wykonawców. Wychodząc naprzeciw potrzebom obniżania kosztów prowadzenia postępowań, zarówno po stronie zamawiających i wykonawców, celowe wydaje się umożliwienie zamawiającemu przeprowadzenia sesji pytań i odpowiedzi dotyczących specyfikacji za pomocą środków elektronicznych w trybie bezpośredniego połączenia pomiędzy zamawiającym i wykonawcami („*online*”). Instrument ten, powodując obniżenie kosztów związanych z postępowaniem, umożliwiłby również przyspieszenie wyjaśniania wątpliwości dotyczących specyfikacji.

### **11.4. Oferta wyłącznie w formie elektronicznej.**

Obowiązujące przepisy nie przewidują możliwości ograniczenia złożenia oferty wyłącznie w formie elektronicznej. Stąd też, by wprowadzić możliwość przeprowadzenia postępowania tylko i wyłącznie do formy elektronicznej, proponuje się wprowadzenie możliwości ograniczenia złożenia oferty wyłącznie w postaci elektronicznej.

Wskazywane powyżej propozycje zmian przyczynią się do powstania możliwości sprawniejszego udzielania zamówień publicznych w przypadku, gdy zamawiający zdecyduje się na prowadzenie postępowania wyłącznie w formie elektronicznej. Wprowadzenie tych zmian w uPzp nie tylko przyspieszy i uprości procedurę, ale wpłynąć powinno również pozytywnie na zainteresowanie wykonawców wzięciem udziału w postępowaniach.

### **11.5. Uproszczenie istniejących w Prawie zamówień publicznych procedur dotyczących instrumentów elektronicznych.**

Doświadczenie związane z funkcjonowaniem uruchomionych przez Urząd Zamówień Publicznych platform do przeprowadzania licytacji i aukcji elektronicznych powala na wnioski, iż zastosowanie elektronicznych instrumentów sprzyja uzyskiwaniu korzystnych warunków finansowych wykonania zamówień publicznych. Doświadczenie to oraz kontakty z użytkownikami platform wskazuje również na potrzebę wprowadzenia w tym obszarze pewnych zmian mających na celu ułatwienie korzystania z instrumentów elektronicznych przewidzianych w ustawie, a co za tym idzie, dalszą popularyzację stosowania przez zamawiających licytacji i aukcji elektronicznej oraz dynamicznego systemu zakupów. Zmiany mają również na celu eliminowanie barier utrudniających wykonawcom dostęp do elektronicznych zamówień publicznych.

Przedstawiane propozycje są zgodne z projektem stanowiska Rządu w odniesieniu do dokumentu pozalegisłacyjnego UE - Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Europejska agenda cyfrowa (COM(2010) 245) oraz zgodna z treścią załącznika Nr 1. do dokumentu pn. Założenia do Krajowego Programu Reform na rzecz realizacji Strategii „Europa2020”.

### **11.6. Zmiany w licytacji elektronicznej**

#### **11.6.1. Cena wywoławcza**

Obecnie obowiązujące regulacje dotyczące obowiązkowej treści ogłoszenia o zamówieniu udzielanym w trybie licytacji elektronicznej nie zawierają informacji na temat dopuszczalności określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu ceny wywoławczej licytacji elektronicznej. Jak wskazuje doświadczenie użytkowników platformy licytacji elektronicznych wskazanie takiej możliwości na etapie ogłoszenia o zamówieniu pozwoliłoby uniknąć składania ofert o nierealnie niskich cenach, co przyczyni się do uelastycznienia oraz skoncentrowania składania postąpień przekładających się na ostateczny wynik licytacji.

### **11.6.2. Zamieszczanie opisu przedmiotu zamówienia na stronie internetowej zamawiającego**

Przepisy ustawy w zakresie licytacji elektronicznej nie regulują trybu udostępniania szczegółowej informacji na temat opisu zamówienia w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W praktyce zamawiający udostępniają taką informację dopiero dopuszczonym przez siebie wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert skierowanym do tych wykonawców. Biorąc pod uwagę fakt, iż minimalny termin na składanie ofert wynosi 5 dni od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert, czas na zapoznanie się przez wykonawców ze szczegółami zamówienia może być za krótki na podjęcie decyzji o udziale w licytacji. W związku z czym proponuje się wprowadzenie regulacji nakładających na zamawiających obowiązek udostępniania szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia na swojej stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w trybie licytacji elektronicznej w Biuletynie Zamówień Publicznych. Informacja o adresie strony internetowej zamawiającego powinna zostać również zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu. Proponowane uregulowanie pozwoli na pozyskanie przez wykonawców wiedzy na temat zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem umożliwiającym złożenie wiarygodnej oferty cenowej. W szczególności, przyczyni się do przejrzystości tych postępowań w przypadku stosowania licytacji elektronicznej do zamówień charakteryzujących się bardziej skomplikowanym opisem przedmiotu zamówienia, który, z uwagi na obszerność, nie może być zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu wszczynającym postępowanie w tym trybie. Mając na względzie, iż tego rodzaju opis przedmiotu zamówienia zamieszczony na stronie internetowej będzie pełnił funkcję analogiczną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, proponuje się również przyznanie wykonawcom uprawnienia do zadawania pytań w sprawie informacji dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej, a zamawiającemu uprawnienia do modyfikacji jego treści, co odpowiada innym regulacjom dotyczącym zadawania pytań dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej modyfikacji.

### **11.7. Zmiany w dynamicznym systemie zakupów**

W celu zwiększenia popularności stosowania dynamicznego systemu zakupów, proponuje się wprowadzenie uregulowania, zgodnie z którym wykonawcy, którzy składają oferty orientacyjne w celu dopuszczenia do udziału w dynamicznym systemie zakupów, nie będą zobowiązani do stosowania bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Rozwiązanie to powinno przyczynić się do zwiększenia zainteresowania wykonawców udziałem w dynamicznym systemie zakupów, a jednocześnie nie powinno negatywnie wpłynąć na bezpieczeństwo udzielania zamówień przez zamawiających z uwagi na fakt, iż zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia nie jest zawarte w ofercie orientacyjnej, lecz w ofercie wykonania zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Propozycją służącą popularyzacji dynamicznego systemu zakupów wśród zamawiających i wykonawców jest rezygnacja z obowiązku składania przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów wyłącznie ofert nie mniej korzystnych od oferty orientacyjnej. Przyjęcie bowiem założenia, iż przed upływem określonego czasu na który dynamiczny system zakupów jest ustanawiany (4 lata), oferta orientacyjna nie może ulec zmianie, niezależnie od ekonomicznej sytuacji na rynku, która może ulegać zmianie w ciągu trwania systemu, zniechęca wykonawców do składania ofert orientacyjnych, a tym samym uczestniczenia w dynamicznym systemie zakupów. Jest to również rozwiązanie sprzeczne z pozostałymi przepisami, które wskazują, iż wykonawca nie jest związany ofertą orientacyjną.

### **Ad. 12) Rozpoznawanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu.**

Proponuje się zmiany w zakresie rozpatrywania zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu, które rozpatruje ostatecznie KIO, którego opinia ma charakter wiążący dla Prezesa Urzędu. Tymczasem, zgodnie z obowiązującymi przepisami, to Prezes Urzędu czuwa nad przestrzeganiem systemu zamówień publicznych, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Takiego zadania uPzp nie nakłada na KIO w przepisach materialnych, bowiem wyłączną kompetencją KIO jest rozpatrywanie odwołań wnoszonych w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Stąd też przepisy obowiązujące do rozpatrywania zastrzeżeń od wyników kontroli przez KIO, które w zakresie swej właściwości nie ma tego typu obowiązków, są niespójne systemowo z pozostałymi przepisami kompetencyjnymi uPzp, w szczególności zauważyć należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie ponosi w tym zakresie żadnej odpowiedzialności przewidzianej ustawą. Ponadto należy zauważyć, iż Prezes Urzędu pełni rolę pracodawcy w stosunku do członków Krajowej Izby Odwoławczej.

Pomijając ocenę przyjętego dotychczas rozwiązania w powyższym kontekście należy wskazać, że rozpatrywanie zastrzeżeń przez KIO jest postrzegane jako niemające charakteru obiektywnego.

Proponuje się zatem, aby zastrzeżenia od wyników kontroli doraźnej albo uprzedniej, były rozpatrywane przez Prezesa Urzędu w terminie 15 dni od dnia ich doręczenia. Prezes Urzędu będzie mógł utrzymać w mocy wynik kontroli albo uchylić wynik kontroli i rozpatrzyć zastrzeżenia zamawiającego do wyników kontroli Prezesa Urzędu. Zastrzeżenia zamawiającego będą rozpatrywane przez innych pracowników Urzędu aniżeli ci, którzy przeprowadzili kontrolę doraźną albo uprzednią, od wyników której zastrzeżenia zostały wniesione.

Powyższe rozwiązanie pozwoli ponadto:

- zapewnić większą spójność w zakresie prowadzonych kontroli albowiem zastrzeżenia rozpatrywane są przez 3-osobowe składy KIO co rodzi ryzyko niespójności rozstrzygnięć;
- ograniczyć ryzyko sporu pomiędzy Prezesem Urzędu a KIO w zakresie oceny zachowania zamawiających, co nie jest pożądane z punktu widzenia wizerunku organów władzy publicznej;
- wyeliminować niespójność wyników kontroli po opiniach KIO z wynikami kontroli innych organów administracji rządowej (np. instytucji zarządzających środkami unijnymi).

#### **Ad. 13) Kadencyjności członków Rady Zamówień Publicznych.**

Zgodnie z obowiązującymi przepisami kadencja Rady upływa wraz z upływem kadencji Prezesa Urzędu. W związku z tym, iż Prezes Urzędu powoływany jest przez Prezesa Rady Ministrów w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru bez określenia czasu kadencji, uregulowanie dotyczące kadencyjności Rady jest niespójne. W związku z powyższym proponuje się uregulowanie okresu kadencji powołanego członka Rady Zamówień Publicznych wzorem istniejących już rozwiązań dotyczących np. członków Rady Służby Cywilnej których kadencja trwa przez 6 lat.

Ponadto, w związku z tym, iż podmiotami uprawnionymi do zgłaszania kandydatów na członków Rady są m.in. kluby parlamentarne proponuje się wprowadzenie regulacji określającej kadencję członków Rady powołanych z rekomendacji klubów parlamentarnych na okres kadencji Sejmu (wzorem rozwiązania przewidzianego w art. 21 ust. 2 ustawy o służbie cywilnej<sup>1</sup>). Jednocześnie proponuje się by zgłaszanie kandydatów Prezesowi Rady Ministrów odbywało się za pośrednictwem Prezesa Urzędu, który dołączałby do zgłoszenia opinię o kandydacie.

#### **Ad. 14) Sankcje za naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszące się do podmiotów spoza sektora finansów publicznych.**

Normy zwarte w przepisach ustawy pełniące tak istotne cele powinny mieć zapewniony odpowiedni poziom ochrony. Właściwe stosowanie nakazów i zakazów przewidzianych w przepisach uPzp uzależnione jest od skutecznego istnienia systemu sankcji za ich nieprzestrzeganie. W stosunku do podmiotów sektora finansów publicznych (m.in. organów władzy publicznej, uczelni itd.) sankcje za naruszenia przepisów ustawy przewidziane są w ustawie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Natomiast sankcje za naruszenia przepisów ustawy w stosunku do zamawiających spoza sektora finansów publicznych przewidziane zostały w postaci kary pieniężnej w wysokości 3 000 zł (dla postępowań poniżej progów unijnych) i 150 000 zł dla zamówień o wartości powyżej 10 mln euro dla dostaw i usług i 20 mln euro dla robót budowlanych oraz 30 000 zł dla zamówień o wartości mieszczącej się pomiędzy wcześniej

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. – o służbie cywilnej (Dz. U. Nr 227, poz. 1505, ze zm.)



wskazanymi progami. Co oznacza, iż niezastosowanie ustawy dla zamówienia o wartości do 4 850 000 euro dla robót budowlanych przewidziana została sankcja 3 000 zł. Podkreślić należy przy tym, iż jest to jedyna sankcja przewidziana prawem jaką można nałożyć na i zamawiającego. Ponadto, poza systemem jakichkolwiek sankcji za naruszenie przepisów uPzp pozostają państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej nie należące do sektora finansów publicznych (np. Lasy Państwowe).

Wobec powyższego proponuje się, by w miejsce obowiązujących obecnie kar kwotowych, wprowadzić przepisy, zgodnie z którymi wysokość kary pieniężnej byłaby adekwatna do stopnia naruszenia przepisów i powagi naruszenia, a także uwzględniałaby zachowanie zamawiającego i, poprzez swoją rzeczywistą dolegliwość, zniechęcała zamawiających do naruszania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w przyszłości. Jednocześnie proponowana wysokość kary pieniężnej nie powinna być niższa niż wynikająca z obecnie obowiązujących przepisów i równocześnie powinna być skorelowana z regulacjami dotyczącymi określania wysokości kar finansowych orzekanych przez KIO. Tym samym kary pieniężne powinny być nakładane w przedziale od 2 do 10% wartości umowy o zamówienie, zawartej po przeprowadzeniu postępowania, w którym doszło do naruszeń pociągających za sobą konieczność ukarania zamawiającego.

Jednocześnie proponuje się rozszerzenie systemu sankcji w postaci kary pieniężnej na państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

#### **Ad. 15) Rozszerzenia zadań Krajowej Izby Odwoławczej o podejmowanie uchwał dotyczących zagadnień budzących wątpliwości interpretacyjne.**

W celu zapewnienia większej jednolitości orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej proponuje się także wprowadzenie regulacji umożliwiającej podjęcie przez Izbę uchwał dotyczących szczególnie istotne wątpliwości interpretacyjne.

Rozbieżne orzecznictwo powoduje niepewność w stosowaniu prawa i podważa zaufanie do systemu prawnego, stąd też należy dążyć do stworzenia mechanizmu mogącego ograniczyć pojawianie się w przyszłości takich rozbieżności. Podjęcie przedstawionego powyżej rodzaju uchwały nie będzie wykluczało możliwości ponownego poddania kwestii będącej tematem tej uchwały pod obrady Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli zmieniają się okoliczności które miały wpływ na jej podjęcie – szczególnie, gdy sądy powszechne lub Sąd Najwyższy przyjmie odmienną linię orzecniczą lub zmianie ulegną przepisy ustawy Pzp.

Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej nie miałaby charakteru wiążącego dla poszczególnych członków Izby, ale z uwagi na jej rangę wynikającą z wysokiej, kwalifikowanej, większości głosów, wymaganej do jej przyjęcia stanowiłaby niewątpliwie jasną wytyczną przy interpretacji przepisów dla poszczególnych członków Izby, tym samym ograniczając ryzyko pojawienia się rozbieżności w orzecznictwie KIO. Niewątpliwie również, ze względu na publiczny charakter, tego rodzaju uchwała Izby byłaby również pomocna w praktycznym stosowaniu przepisów uPzp przez zamawiających.

Stosowną uchwałę podejmowałoby Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej zwołane przez Prezesa Izby z urzędu lub na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych lub na wniosek co najmniej pięciu członków Izby.

Tego rodzaju uchwała podejmowana byłaby większością 2/3 głosów, w obecności co najmniej 2/3 składu KIO. Jednocześnie proponuje się, by szczegółowy tryb podejmowania tego rodzaju uchwał interpretacyjnych został określony mocą uchwały, która podjęta byłaby większością 2/3 głosów w obecności co najmniej 2/3 składu KIO.

### **III. Zmiany w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych będących następstwem ww. propozycji.**

Określenie zasad powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich będzie się wiązało ze zmianą przepisu **art. 26 ust. 2b** uPzp poprzez dopuszczenie możliwości powoływania się przez wykonawcę głównego przedmiotu umowy na zasoby podmiotów trzecich w zakresie uprawnień oraz zdolności ekonomicznej, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 uPzp, których zamawiający wymaga do realizacji części zamówienia publicznego.

Uregulowanie warunków uwzględniania zasobów podmiotów trzecich, na które powołują się wykonawcy w ramach prekwalifikacji w trybach: przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego będzie się wiązało z koniecznością zmiany przepisu **art. 26 ust. 2b** uPzp oraz przepisów regulujących wieloetapowe tryby udzielania zamówień.

Wprowadzenie ułatwień w zakresie prowadzenia postępowań w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego będzie wymagało zmian przepisów regulujących udzielanie zamówień w tych trybach, w szczególności:

- 1) w zakresie przebiegu postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem wprowadzenia przepisów, zgodnie z którymi:
  - a) w przypadku zamówień o wartościach nie przekraczających progów unijnych będzie to jeden z trybów podstawowych (**art. 10**)
  - b) po publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym, w którym zamawiający zapraszałby wykonawców do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający przeprowadzałby podmiotową kwalifikację wykonawców, którzy wyrazili zainteresowanie udziałem w postępowaniu i złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału, kwalifikacja odbywałaby się na analogicznych zasadach jak w przypadku przetargu ograniczonego, z tym że minimalna liczba wykonawców, jakich należałoby zaprosić to 3 (**art. 57 ust. 2**),
  - c) zamawiający będzie zapraszał zakwalifikowanych wykonawców do składania ofert, przekazując im specyfikację istotnych warunków zamówienia (**art. 57 ust. 5**),
  - d) ustawa nie będzie określała minimalnego terminu składania ofert wyznaczając jedynie generalną zasadę, że powinien to być termin wystarczający do przygotowania i złożenia oferty (**art. 57 ust. 6**),
  - e) wykonawcy, w odpowiedzi na zaproszenie, będą składali oferty przygotowane w oparciu o SIWZ określające wszystkie istotne warunki realizacji zamówienia (**art. 58 i 59**),
  - f) oferty będą mogły być przedmiotem negocjacji z oferentami, przy czym:
    - oferty nie podlegałyby odrzuceniu nawet w przypadku ich niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jednym z elementów negocjacji może być dostosowanie ofert do wymogów określonych przez zamawiającego (**art. 58 ust. 1**),
    - będzie możliwe negocjowanie wszystkich warunków realizacji zamówienia określonych w ofertach, w tym również ceny (**art. 58 ust. 2 i art. 59**),
    - negocjacje powinny być prowadzone z poszanowaniem zasady niedyskryminacji oraz równego traktowania, przy zachowaniu poufnego charakteru prowadzonych negocjacji (**art. 58 ust. 3**),
  - g) zamawiający miałby obowiązek zaproszenia do negocjacji wszystkich oferentów, którzy złożyli oferty, chyba że określiliby, już na etapie publikacji ogłoszenia, że negocjacje będzie prowadził z ograniczoną liczbą wykonawców, nie mniejszą jednak niż 3 (wówczas wybór ofert, które będą następnie negocjowane, odbywałby się zgodnie z określonym w ogłoszeniu oraz specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, kryteriach udzielenia zamówienia) – **art. 58 ust. 1**;

- 2) w zakresie przebiegu postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego wprowadzenia przepisów, zgodnie z którymi:
- a) w przypadku zamówień o wartościach nie przekraczających progów unijnych będzie to jeden z trybów podstawowych (art. **10**),
  - b) w przypadku zamówień unijnych minimalna liczba wykonawców, których zamawiający powinien zaprosić do udziału w dialogu wynosiła 3 (art. **60d ust. 2**),
  - c) zamawiający będzie mógł zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu udzielanym w trybie dialogu konkurencyjnego informację o możliwości prowadzenia dialogu w następujących po sobie etapach, tj. dialogu wieloetapowym (art. **60d ust. 5 w pkt 4**),
  - d) określanie terminu składania ofert będzie należało do kompetencji zamawiającego, przy czym powinien być dostatecznie długi, aby umożliwić przygotowanie i złożenie oferty (art. **60e ust. 4**),
  - e) zamawiający będzie mógł:
    - przewidzieć, że postępowanie toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, tj. dialog wieloetapowy (art. **60e ust. 1**),
    - ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych w trakcie dialogu (art. **60e ust. 2**),
    - prowadzić dialog do momentu, gdy będzie w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie będzie informował uczestniczących w nim wykonawców (art. **60e ust. 3**),
  - f) liczba rozwiązań omawianych na etapie dialogu będzie musiała zapewniać konkurencję, chyba że nie będzie pozwalała na to liczba rozwiązań spełniających potrzeby zamawiającego lub liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu (art. **60e ust. 4**),
  - g) zamawiający przed zaproszeniem do składania ofert będzie mógł dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu (art. **60e ust. 5**)
  - h) wraz z zaproszeniem do składania ofert, zamawiający będzie przekazywał specyfikację istotnych warunków zamówienia, sporządzoną na podstawie rozwiązania lub rozwiązań spełniających wymagania zamawiającego, wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub opisie potrzeb i wymagań zamawiającego (art. **60e ust. 6**),
  - i) w przypadku dialogu wieloetapowego, zamawiający będzie sporządzał specyfikację istotnych warunków zamówienia na podstawie rozwiązania lub rozwiązań najbardziej spełniających jego potrzeby, wybranych na podstawie kryteriów oceny ofert, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu lub opisie potrzeb i wymagań zamawiającego. Przepisy art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 nie będą miały zastosowania (art. **60e ust. 7**),
  - j) zamawiający będzie wyznaczał termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Przepisy art. 45 i 46 będzie się stosowało (art. **60e ust. 8**).

Do rozwiązań służących skutecznej identyfikacji i eliminacji z postępowania ofert z rażąco niską ceną będą należały wprowadzone przepisy jednoznacznie wskazujące, iż zamawiający zwraca się do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień dotyczących szczegółowego sposobu obliczenia ceny w odniesieniu do całości świadczenia będącego przedmiotem zamówienia lub w odniesieniu do świadczeń częściowych, jeżeli cena zawarta w ofercie wydaje się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Do rozwiązań tych będą także należały przepisy nakładające na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnień, jeżeli cena zawarta w ofercie jest niższa o więcej niż 50 % od średniej

arytmetycznej cen zawartych w pozostałych ofertach lub cena zawarta w ofercie jest o więcej niż 20 % niższa od ceny zawartej ofercie, która ze względu na kryterium ceny została sklasyfikowana jako druga w kolejności. Dodatkowym warunkiem będzie wpływ co najmniej 5 ofert. Ponadto zmianie (doprecyzowaniu) ulegną przepisy dotyczące terminów na wyjaśnienia ceny oraz żądania dodatkowych wyjaśnień oraz przeprowadzenia z wykonawcą konsultacji. Uregulowanie będzie również odnosić się do zagadnienia ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w wyjaśnieniach przedstawionych przez wykonawcę (art. 90 uPzp). Równocześnie, w celu przeniesienia ciężaru udowodnienia, że oferta zawiera rażąco niską cenę z zamawiającego na wykonawcę, zmianie ulegnie art. **89 ust. 1 pkt 4** uPzp

Podwyższenie progów zastosowania przepisów uPzp dla zamówień nie współfinansowanych ze środków UE nastąpi poprzez zmianę przepisu art. **4 pkt 8** uPzp.

Wprowadzenie preferencji europejskich nastąpi przez wprowadzenie przepisu określającego zasadę, iż w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych będą mogli brać udział wyłącznie wykonawcy mający siedzibę (lub miejsce zamieszkania) w jednym z krajów członkowskich Unii Europejskiej lub na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego, oraz wykonawcy mający siedzibę (lub miejsce zamieszkania) na terytorium kraju, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła odpowiednią umowę międzynarodową, przy równoczesnym rozszerzeniu przepisów dotyczących wykluczenia o podmioty niespełniające ww. wymagań oraz zmianie przepisów o treści ogłoszenia o zamówieniu (uzupełnienie o możliwość zamieszczenia informacji o otwarciu zamówienia na wszystkich wykonawców, niezależnie od kraju ich siedziby lub zamieszkania).

Rozszerzenie zadań Krajowej Izby Odwoławczej o podejmowanie uchwał dotyczących zagadnień budzących wątpliwości interpretacyjne nastąpi poprzez rozszerzenie zadań zgromadzenia ogólnego Izby w wyniku zmian art. **172 ust. 4** uPzp.

Deregulacja postępowań w zakresie żądania dokumentów poprzez umożliwienie zamawiającym przeprowadzania postępowań w oparciu o oświadczenia wykonawców i żądaniu dokumentów wyłącznie od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę nastąpi poprzez zmianę przepisu art. **25, 26 i 92 ust. 1** uPzp. Zmiana przepisów art. **25 i 26** uPzp dotyczących potwierdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie polegała na wprowadzeniu zasady, zgodnie z którą zamawiający w przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia i zapytaniu o cenę żąda w celu weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców jedynie oświadczeń, natomiast dokumenty zobligowany będzie złożyć jedynie ten podmiot, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Jednocześnie proponuje się zmianę art. **26 ust. 1** uPzp oraz **rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów** sprowadzającą się do redukcji katalogu dokumentów, jakich zamawiający zobowiązany jest żądać od wykonawców w postępowaniach o wartości przekraczającej progi unijne, jedynie do jednego dokumentu - informacji z rejestru karnego. W ww. przepisach uPzp oraz rozporządzenia o dokumentach uwzględniona zostanie również kwestia rozszerzenia katalogu dokumentów niezbędnych do sprawdzenia rzetelności wykonawcy.

Zmiana przepisu art. **26 ust. 3** będzie polegała na wprowadzeniu przepisu umożliwiającego uznanie przez zamawiającego również dokumentów uzupełnionych aktualnych na dzień upływu terminu ich uzupełnienia, jej konsekwencją będzie zmiana art. **92**, bowiem termin przedstawienia dokumentów będzie określony w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Eliminacja zatrzymywania wadliwych z powodu nieuzupełnienia dokumentów nastąpi poprzez uchylenie art. **46 ust. 4a** uPzp.

Wprowadzenie zasady zwrotu planów, próbek, wzorów, rysunków również wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nastąpi poprzez zmianę przepisu art. **97** uPzp.

Dopuszczenie możliwości składania oferty i dokumentów wyłącznie w języku innym niż język polski nastąpi poprzez zmianę przepisu art. **9 ust. 2** uPzp.

Wprowadzenie możliwości ogłoszenia o planowanych zamówieniach poniżej „progów unijnych” nastąpi poprzez dodanie nowego przepisu do uPzp, zgodnie z którym zamawiający, po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – raz w roku, będzie mógł przekazać do Biuletynu Zamówień Publicznych, lub zamieścić na swojej stronie

internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach poniżej „progów unijnych”.

Realizacja idei pełnej elektronizacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych będzie wymagała zmiany szeregu przepisów uPzp, do najważniejszych z nich należy

- uchylenie art. **9 ust. 1**,
- zmiana:
  - art. **36**, która wprowadzi obowiązek zamieszczenia w specyfikacji informacji o prowadzeniu postępowania wyłącznie w formie elektronicznej, jeżeli zamawiający wybierze taką formę oraz adresu e-mail zamawiającego obowiązującego na czas prowadzenia postępowania do wymiany korespondencji i dokumentów elektronicznych,
  - art. **38 ust. 3**, która umożliwi zamawiającemu przeprowadzenia sesji pytań i odpowiedzi dotyczących specyfikacji za pomocą środków elektronicznych w trybie bezpośredniego połączenia pomiędzy zamawiającym i wykonawcami („*online*”),
  - art. **41** uPzp oraz art. **48** uPzp, które określają odpowiednio: treść ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym oraz treść ogłoszenia w przetargu ograniczonym,
  - art. **75 ust. 2 pkt 5** poprzez wprowadzenie możliwości, by w ogłoszeniu była zawarta informacja na temat dopuszczalności określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu ceny wywoławczej licytacji elektronicznej,
  - art. **76 ust. 2** poprzez nałożenie obowiązku udostępniania specyfikacji - szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego na swojej stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w trybie licytacji elektronicznej w Biuletynie Zamówień Publicznych,
  - art. **82 ust. 2** i wprowadzenie możliwości przeprowadzenia postępowania tylko i wyłącznie do formy elektronicznej proponuje się wprowadzenie możliwości ograniczenia złożenia oferty wyłącznie w postaci elektronicznej,
  - art. **96 ust. 1**, który reguluje obowiązek prowadzenia pisemnego protokołu postępowania (a co z tym związane, zmiana rozporządzenia regulującego kwestie prowadzenia protokołu),
- uzupełnienie przepisów regulujących dynamiczny system zakupów o przepisy:
  - zgodnie z którymi wykonawcy składający oferty orientacyjne w celu dopuszczenia do udziału w dynamicznym systemie zakupów nie będą zobowiązani do stosowania bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. **103 ust. 2**),
  - umożliwiające składanie przez wykonawcę ofert mniej korzystnych od oferty orientacyjnej (art. **109 ust. 2**).

Zmiany w zakresie rozpatrywania zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu nastąpią poprzez zmianę przepisów **167 ust. 2 - 4** uPzp, zgodnie z którymi zastrzeżenia będzie rozpatrywał Prezes Urzędu, i wprowadzenie odpowiednich regulacji do przepisów określających jego zadania.

Ponadto proponuje się wprowadzenie zmiany przepisu art. **159 ust. 1** uPzp i uregulowanie okresu kadencji powołanego członka Rady Zamówień Publicznych wzorem istniejących już rozwiązań dotyczących np. członków Rady Służby Cywilnej których kadencja trwa przez 6 lat, oraz uregulowanie w nim kwestii kadencji członków Rady powołanych z rekomendacji klubów parlamentarnych na okres kadencji Sejmu (wzorem rozwiązania przewidzianego w art. 21 ust. 2 ustawy o służbie cywilnej), a także wskazanie, iż zgłaszanie kandydatów Prezesowi Rady Ministrów będzie się odbywało za pośrednictwem Prezesa Urzędu, który dołączałby do zgłoszenia opinię o kandydacie.

Zmiany w zakresie sankcji za naruszenia przepisów uPzp odnoszące się do podmiotów spoza sektora finansów publicznych nastąpią poprzez dokonanie zmian w przepisie art. **201**, polegających na

wprowadzeniu nowej wysokości kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, która będzie wynosiła:

- do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie – w przypadku udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania trybów udzielania zamówienia: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę, oraz w przypadku udzielenia zamówienia bez wymaganej publikacji zamówieniu odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a także w przypadku udzielenia zamówienia bez zastosowania ustawy Pzp,
- do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie – w przypadku dokonania zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a także w przypadku opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny lub niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia, odrzucenia oferty z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty, oraz w przypadku dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy,- o ile naruszenia te miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,
- do 2% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie – w przypadku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności, a także w przypadku nieprzestrzegania terminów określonych w ustawie, o ile naruszenia te miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

#### **IV. Zmiany w przepisach ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi będących następstwem ww. propozycji.**

W ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi proponuje się wprowadzenie poniżej przedstawionych zmian.

W celu umożliwienia zamawiającemu przeprowadzenia prekwalifikacji wykonawców w postępowaniu w sprawie udzielenia koncesji na roboty budowlane lub usługi, proponuje się, aby w ogłoszeniu o koncesji zamawiający zamieszczał warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także znaczenie tych warunków (art. **11 pkt 6**) oraz informację o liczbie kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do udziału w negocjacjach, nie mniejszej niż 3 (art. **11 pkt 6a**).

W celu uregulowania zasad i przebiegu prekwalifikacji, proponuje się, aby koncesjo dawca zapraszał do udziału w negocjacjach kandydatów, którzy złożyli wnioski, w liczbie określonej w ogłoszeniu o koncesji, zapewniającej konkurencję (art. **14 ust. 1**). Ponadto proponuje się, że jeżeli liczba kandydatów, którzy złożyli wnioski zgodnie z art. 13, będzie większa niż określona w ogłoszeniu o koncesji, koncesjodawca będzie zapraszał do udziału w negocjacjach kandydatów, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków (art. **14 ust. 1a**). Natomiast, jeżeli liczba kandydatów, którzy złożyli wnioski zgodnie z art. 13, będzie mniejsza niż określona w ogłoszeniu o koncesji, koncesjodawca będzie zapraszał do udziału w negocjacjach wszystkich kandydatów spełniających te warunki (art. **14 ust. 1b**).

#### **V. Test regulacyjny (w załączeniu).**