



www.krasp.org.pl

Konferencja
Rektorów
Akademickich
Szkół
Polskich

Przewodniczący:

prof. zw. dr hab.
Wiesław Banyś
Rektor

Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach
wieslaw.banys@krasp.org.pl

Biuro KRASP:

Krakowskie Przedmieście 26/28
00-927 Warszawa
tel.: 22 55 20 352
fax: 22 55 21 567
biuro@krasp.org.pl

Warszawa, 25 września 2013 r.

KRASP/229/2013

Szanowna Pani
Izabela Jakubowska
Wiceprezes
Urzędu Zamówień Publicznych

Szanowna Pani Prezes,

W odpowiedzi na pismo nr UZP/DP/L-TTY/4101/13/KW-7068/13 z dnia 7 sierpnia 2013 r. dotyczące projektu ustawy o zmianie ustawy –Prawo zamówień publicznych, w załączeniu przekazuję opinię Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich.

Z wyrazami szacunku,

Prof. zw. dr hab. Wiesław Banyś
Przewodniczący KRASP

OPINIA

Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich

w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.): projekt z dnia 2 sierpnia b.r., nadesłany do Biura KRASP w dniu 8 sierpnia b.r. pismem Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych, pani Izabeli Jakubowskiej

Projektowana nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter horyzontalny i jako taka dotyczy wszelkich podmiotów, a więc i publicznych szkół wyższych, podlegających ustawowemu obowiązkowi nabywania oraz sprzedaży dóbr i usług w trybie i według procedur Prawa zamówień publicznych.

W pierwszej części opinii odniesiemy się do proponowanych zmian w przesłanym tekście projektu z dn. 2 sierpnia 2013 r. ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, a w drugiej części przypomnimy postulaty KRASP przekazane Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dn. 23 maja 2013 r., które są – naszym zdaniem - niezwykle istotne, a w tej wersji nowelizacji nie znalazły odzwierciedlenia.

I. Zmiany proponowane w przesłanym tekście projektu z dn. 2 sierpnia 2013 r.

Proponowane zmiany dotyczą czterech obszarów:

1. określenie w sposób jednoznaczny procedury badania ofert, które zamawiający ocenia jako niewiarygodnie niskie (odchodzi się przy tym od używania określenia "rażąco niskie") i która powoduje w związku z tym istotne ryzyko niewykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego;
2. zdefiniowanie procedury wykluczenia wykonawcy, który wcześniej w sposób poważny naruszył swe obowiązki zawodowe, a w szczególności wskutek zaniedbania lub zamierzonego działania nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie;
3. odformalizowanie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia;
4. nieujawnianie danych osobowych oraz wysokości honorarium wykonawcy zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki w zakresie działalności kulturalnej, twórczej lub artystycznej.

Zmiany te należy uznać za generalnie, a więc i dla publicznych szkół wyższych, korzystne. Poniżej omówione zostały najważniejsze ich elementy w odniesieniu do punktów 1-3. Punkt 4 dotyczy obszaru działalności i trybu udzielania zamówienia w znikomym stopniu mającego miejsce w publicznych szkołach wyższych i w związku z tym nie będzie poniżej omawiany. Niezależnie od tego, projektowaną zmianę uznać można za korzystną, jako służącą ochronie danych osobowych artystów i twórców współpracujących z publicznymi instytucjami kultury.

Regulacje dotyczące problematyki niskich cen (art. 90, art. 8 ust. 6, art. 89 ust. 1 pkt. 4)

Art. 90, ust. 1 otrzymuje brzmienie, zgodnie z którym zamawiający może w szczególności w przypadku budzącej wątpliwości zbyt niskiej ceny zwrócić się do wykonawców z żądaniem

podania szczegółów dotyczących: aspektów finansowych i rozwiązań technicznych oferty, oryginalności towarów, usług lub usług budowlanych, zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi zatrudnienia i BHP oraz możliwości uzyskania przez wykonawcę pomocy publicznej. Jest przy tym bardzo istotne i korzystne dla zamawiających, że katalog informacji, których można zażądać w procesie konsultacji z oferentami dla uwiarygodnienia podanych przez nich niskich cen ma charakter otwarty.

Art. 89 ust. 1 pkt. 4 otrzymuje nowe brzmienie, zgodnie z którym odrzucenie oferty nie następuje wskutek tego (zapis dotychczasowy), że oferta „zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, ale że „wykonawca, w procedurze przewidzianej w art. 90 ustawy, nie wykazał, iż zawarta w jego ofercie cena jest uzasadniona i gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa”. Jest to korzystne dla zamawiającego. Za korzystne dla zamawiającego należy też uznać projektowane rozwiązanie, iż w przypadku kiedy niska cena jest uzasadniona w świetle przedstawionych przez wykonawcę dokumentów i nie stwarza zagrożenia dla realizacji zamówienia, zamawiający może odstąpić od obowiązku przeprowadzenia z wykonawcą konsultacji w procesie badania ceny.

Regulacje dotyczące zdefiniowania procedury wykluczenia wykonawcy, który wcześniej w sposób poważny naruszył swe obowiązki zawodowe, a w szczególności wskutek zaniedbania lub zamierzonego działania nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie (art. 24 ust. 2a, ust. 1 pkt. 1 i 1a, art. 24a, art. 67 ust. 4, art. 131e ust. 1. 4a i 5, art. 138c ust. 1 pkt. 5, art. 154 pkt. 5a, art. 154b)

Generalnie rzecz biorąc, te zmiany w ustawie Pzp mają swe główne formalne źródło w prawodawstwie unijnym, a konkretnie zaś w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r. W orzeczeniu tym, Trybunał - dokonując interpretacji dyrektywy 2004/18/WE (art. 45 ust. 2 lit. d) - przesądził jednoznacznie, iż podstawą wykluczenia wykonawcy mogą być wszelkie zawinione przez niego uchybienia, które wpływają na jego wiarygodność zawodową, w tym sytuacje nienależytego wykonania zamówienia.

Wskazane powyżej zmiany w ustawie Pzp inkorporują w szczególności do polskiego prawa - poprzez odpowiednie doprecyzowania zapisów - interpretacje (orzeczenia) Trybunału, zgodnie z którymi:

- Wykluczenie może wynikać z poważnego naruszenia obowiązków zawodowych - w wyniku zamierzonego działania, zaniechania działania lub rażącego niedbalstwa - przy czym zamawiający może to wykazać przy pomocy *dowolnych środków dowodowych*. Katalog tych środków ma zatem charakter otwarty, mogą nimi być między innymi orzeczenia sądu, czy odpowiednich komisji dyscyplinarnych.
- Zamawiający może - zgodnie z dodanym ust. 2a w art. 24 - „*wykluczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w okresie 5 lat, a w przypadku dostaw lub usług w okresie 3 lat, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, ..., co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych....*”. Jednocześnie w związku z tym dodanym ustępem, nowelizacja znosi instytucję tzw. „czarnej listy”, czyli prowadzenie przez UZP wykazu wykonawców - zgodnie z art. 154 pkt. 5a w dotychczas obowiązującej wersji ustawy Pzp - którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie. Z jednej strony jest to korzystne dla zamawiających, gdyż zwalnia ich z obciążeń administracyjnych polegających na raportowaniu w tej sprawie. Z drugiej strony oznacza to jednak - zgodnie z omawianym orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości - konieczność

indywidualnego, starannego podchodzenia przez zamawiającego do każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Regulacje dotyczące odformalizowania postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 3, art. 63a, art. 61)

Nowelizacja w nowym art. 63a umożliwi zamawiającemu udzielenia zamówienia bezpośrednio po przeprowadzeniu z potencjalnymi wykonawcami negocjacji, czyli bez dotychczasowej konieczności dodatkowego zapraszania ich do składania ofert. Z całą pewnością oznacza to nie tylko odformalizowanie postępowania, ale zmniejsza czas jego przeprowadzania i koszty.

Po drugie, jednoznacznie pozytywnie należy również ocenić, że zgodnie z nowym brzmieniem ust 3 art. 63 następuje zmniejszenie minimalnej liczby wykonawców obowiązkowo zapraszanych do negocjacji w tym trybie z pięciu do trzech, przy zachowaniu zarazem - co jest również korzystne, że *ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest ,mniejsza , jednak nie mniejsza niż 2.*

II. Postulaty nieuwzględnione w przesłanym tekście projektu z dn. 2 sierpnia 2013 r.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że proponowana nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych znowu pomija postulaty zmian wysuwane od dawna przez środowisko akademickie, zarówno publiczne uczelnie wyższe, jak i instytuty badawcze, które zostały przedstawione w naszym stanowisku z dn. 23 maja 2013 r. i które poniżej przypominamy:

1. Propozycja zmiany art. 4 pkt 3 lit. a ustawy Pzp w obecnym jej brzmieniu, stanowiącą o wyłączeniu stosowania ustawy Pzp do postępowań w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez Zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności.

Nowelizacja polegająca na zastąpieniu ostatniej frazy ww. przepisu frazą „lub z których korzyści nie przypadają wyłącznie zamawiającemu dla potrzeb jego własnej działalności” niewątpliwie precyzyjniej wskazuje ten aspekt możliwości wyłączenia spod stosowania ustawy Pzp przez Zamawiających (uczelnie) badań naukowych, prac rozwojowych i świadczenia usług badawczych. Ustawa w obecnym jej brzmieniu stwarza duże pole do interpretacji przez różne podmioty słów „wyłącznej jego własności” niekoniecznie zgodnie z ideą ustawodawcy i przepisami Kodeksu Cywilnego.

Byłoby jednak celowe dążenie do zwolnienia wszystkich usług badawczych, nie tylko tych, które nie służą wyłącznie zamawiającemu.

2. Propozycja nowelizacji art. 32 ust. 2 ustawy Pzp (artykuł w obecnym jej brzmieniu, wprost wskazuje, co należy uznać za dzielenie zamówienia na części) poprzez dodanie słów „zaplanowanego zamówienia” umożliwi Zamawiającym odrzucanie częstych zarzutów ze strony organów zobowiązanych do kontroli zamówień publicznych realizowanych na podstawie ustawy Pzp o rzekomym dzieleniu przez Zamawiających zamówienia na części.

Sporządzanie planów zamówień publicznych na dany rok przez uczelnie następuje na początku roku, kiedy Zamawiający nie posiadają jeszcze wiedzy w zakresie ewentualnego przyznania środków finansowych z projektów unijnych i/lub ministerialnych i innych środków. Natomiast mając na uwadze orzecznictwo UZP dotyczące sumowania wartości zamówienia, tj. zamówień w danej jednostce z wartościami zamówień w całym (kilkuletnim) projekcie, powoduje, że sporządzony i zatwierdzony plan zamówień publicznych z poszczególnymi przedmiotami zamówienia nie wymaga korekty. W proponowanym brzmieniu ww. artykułu ustawy, dany Zamawiający będzie traktował przyznane środki w danym projekcie jako odrębne zamówienia, bez konieczności sumowania z już zaplanowanymi zamówieniami w planie zamówień publicznych.

Niemniej jednak aktualne sformułowanie nie wyklucza rozumienia, iż narzuca się obowiązek pisania planu zamówień publicznych, a nie że zamówienia, których nie dało się zaplanować, nie muszą być sumowane. Dlatego ten ostatni punkt chyba powinien być bardzo jasno sprecyzowany.

Wątpliwości interpretacyjne dotyczą także tego, czy w tym sformułowaniu chodzi o to, że wszystkie zamówienia publiczne trzeba będzie teraz planować na cały rok.

3. Szczególnie ważna jest propozycja zmiany art. 93 ustawy Pzp poprzez dodanie ust. 1b o możliwości unieważnienia postępowania także w sytuacji, gdy środki służące sfinansowaniu zamówień na badania naukowe lub prace rozwojowe, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane.

Dotychczasowe brzmienie art. 93 ust. 1a zezwala na unieważnienie postępowania tylko wówczas, gdy są to środki Unii Europejskiej oraz środki niepodlegające zwrotowi przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA). Zatem możliwość zastosowania przesłanki do unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, jeśli środki pochodzą z innych źródeł, jest jak najbardziej zasadna.

4. Możliwość udzielania zaliczek w zakresie działalności twórczej lub artystycznej zaproponowana w propozycji zmiany art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp, niewątpliwie w kręgu kultury rozszerzy krąg podmiotów, którym Zamawiający będzie mógł zaproponować korzystniejsze warunki udzielenia zamówienia. Jest to ważne z uwagi na coraz mniejsze dotacje z budżetu Państwa na kulturę, a niejednokrotnie brak środków finansowych niezbędnych do zainwestowania przez Wykonawcę - artystę w celu przygotowania się do udzielenia zamówienia publicznego.
5. Doprecyzowania wymaga proponowana zmiana art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy w kontekście udzielania zamówień uzupełniających. Propozycja udzielania zamówień uzupełniających bez określenia górnej granicy udzielenia zamówienia (obecnie do 20% zamówienia podstawowego) daje możliwość różnej interpretacji tak sformułowanego zapisu.

Czy można udzielić zamówienia do 100% wartości zamówienia podstawowego, czy na przykład 200%, czy 500% procent zamówienia podstawowego? Tej informacji w propozycji nie ma.

Znaczna część naszych postulatów została zawarta - co witamy z zadowoleniem - w propozycji nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych skierowanej do Sejmu w dniu 16 sierpnia br. przez Prezesa Rady Ministrów. Dotyczą one:

- podniesienia do 200 tys. euro progu wykluczalności ze stosowania pełnej procedury postępowania przetargowego dla usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych;
- wyłączenia spod stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (czyli mniejszej niż tzw. progi unijne), których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji seryjnej, mającej na celu osiągnięcie rentowności, lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju oraz których przedmiotem są dostawy lub usługi z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem zbiorów muzealnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwale przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności;
- doprecyzowania przepisu dotyczącego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych;
- rozszerzenia przesłanki zastosowania zamówienia w trybie z wolnej ręki w zakresie zamówień na dostawy rzeczy wytwarzanych w celach badawczych, doświadczalnych i rozwojowych w sytuacji, gdy zamówienie może być wykonane tylko przez jednego, konkretnego wykonawcę.

Pozytywnie opiniując proponowane zmiany, z przedłożonymi uwagami, wyrażamy nadzieję na szybki przebieg prac legislacyjnych nad przedstawionym projektem nowelizacji ustawy Pzp.